ALDO M. SANDULLI

SCRITTI GIURIDICI

V. DIRITTO AMMINISTRATIVO

1990

ALDO M. SANDULLI

SCRITTI GIURIDICI

V. DIRITTO AMMINISTRATIVO

JOVENE EDITORE 1990

PIANO DELL'OPERA

I DIRITTO COSTITUZIONALE

1. Fonti del diritto.
2. Organi costituzionali e di rilievo costituzionale.
3. Corte costituzionale e giustizia costituzionale.
4. Libertà d'informazione.

II DIRITTO COSTITUZIONALE

5. Tematiche istituzionali.
6. Varie.

III DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Atti amministrativi.
2. Obbligazioni e responsabilità della p.A.

IV DIRITTO AMMINISTRATIVO

3. Beni.
4. Opere pubbliche.
5. Questioni di diritto tributario.
6. Varie.

V DIRITTO AMMINISTRATIVO

7. Giustizia amministrativa:
   a) problemi di giurisdizione;
   b) ricorsi amministrativi e giudizi amministrativi.

VI DIRITTO URBANISTICO

1. Problemi generali.
2. Strumenti urbanistici.
3. Licenze e concessioni edilizie.
4. Bellezze naturali e cose d'interesse artistico e storico.
5. Espropriazione per p. u.
6. Varie.

Proprietà letteraria riservata
© Copyright Casa editrice Jovene 1990 - Napoli

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Grafitalia - Cercola (Napoli)

INDICE SOMMARIO

Piano dell'opera ..... pag. v

7. *Giustizia amministrativa*

a) Problemi di giurisdizione

Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti ..... » 5

Rilievi sull'ammissibilità del ricorso gerarchico improprio contro enti sindacali, nel silenzio della legge ..... » 95

Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti ad ogni gravame emessi da autorità incompetente » 111

Considerazioni in materia d'impugnabilità degli atti di nomina delle Commissioni giudicatrici di pubblici concorsi ..... » 121

Diritti soggettivi e interessi legittimi in materia di prezzi d'autorità » 131

In tema di errata individuazione da parte del giudice del provvedimento contenuto nel silenzio dell'Amministrazione ..... » 141

Rilievi in tema di diritti soggettivi e interessi legittimi ..... » 147

Sulla costituzionalità delle "sezioni specializzate" per gli equi fitti » 151

Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica Amministrazione ..... » 161

Nuova crisi giurisprudenziale nelle controversie di lavoro presso enti pubblici economici ..... » 169

Sul giudice competente a giudicare del diniego di visto di convenzione comunale illegittima ..... » 177

Note in tema di provvedimenti amministrativi di noleggio coattivo e della competenza a giudicarne. Questioni in tema di discriminazione delle competenze fra giudice ordinario e giudice amministrativo pag. 181

Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo » 195

Occupazione d'urgenza fuori delle ipotesi di legge e competenza a giudicarne » 207

Questioni in materia di contenzioso elettorale » 213

Sui termini dei ricorsi al consiglio comunale per questioni di eleggibilità » 219

In tema di diritti e interessi correlati al potere di scorporo in attuazione della riforma fondiaria in Sicilia » 233

Sulla sopravvivenza delle giurisdizioni speciali al termine fissato per la loro "revisione" » 241

Collegamenti e conseguenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali » 251

Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di «potestas publica nondum nata» » 257

«Reformatio in peius» di contributi di ricostruzione e competenza a giudicarne » 263

Latte comune, latte speciale, provvedimenti amministrativi a tutela delle centrali del latte e competenza giurisdizionale » 269

Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto » 277

Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione » 285

Sull'applicabilità dell'art. 327 c.p.c. al ricorso per cassazione avverso decisioni di giudici speciali » 291

In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte » 297

Rimozione di veicoli e giurisdizione » 303

Natura della risoluzione del rapporto di assegnazione di terre e sua compromettibilità in arbitri » 309

b) Ricorsi amministrativi e giudizi amministrativi

Note sui limiti della sindacabilità gerarchica dei provvedimenti emessi sul presupposto di atti di autorità estranee alla gerarchia pag. 325

Sulla rappresentanza dello Stato in giudizio » 339

Sul valore processuale della notifica del decreto di fissazione di udienza innanzi alla Giunta Provinciale Amministrativa ... » 349

Sull'ammissibilità della sospensione del procedimento civile in pendenza di ricorsi amministrativi ..... » 355

In tema di eccesso di potere del giudice amministrativo e di poteri della Corte di Cassazione » 361

Osservazioni in tema di revocabilità di decisioni di ricorsi amministrativi (a proposito della Commissione per le revindiche presso l'ARAR) ..... » 365

Sulla procedura del trasferimento dei professori universitari e sulla funzione della deliberazione delle facoltà universitarie in tale procedura ..... » 379

Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica » 385

L'avocazione alla G.P.A. dei ricorsi elettorali amministrativi ... » 399

Sulla natura del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ..... » 411

Regolamento preventivo di giurisdizione e giudicato sulla legittimazione » 425

Osservazioni sulla composizione della giunta prov. amm. in sede giurisdizionale (con particolare riferimento ai limiti di età dei membri elettivi) ..... » 429

Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati » 439

Correzione giudiziaria di una legge mal fatta » 489

La giustizia nell'Amministrazione » 497

Sull'impugnabilità giurisdizionale del silenzio serbato dall'Amministrazione sul ricorso straordinario » 513

Ricorso amministrativo » 519

Ricorso gerarchico ..... pag. 563
Atti della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale » 585
Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza ..... » 595
Problemi della giustizia amministrativa in Italia prima e dopo le leggi di riforma del 1971 ..... » 601
Primi spunti giurisprudenziali sulla sezione TAR di Bolzano ... » 625
Justicia administrativa y Constitución .... » 631
Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo ..... » 643
La riforma della magistratura amministrativa ..... » 681
Il silenzio della pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali ..... » 693
L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative » 719

7. GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

a) PROBLEMI DI GIURISDIZIONE

Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti

Pubblicato in

Archivio giuridico «Filippo Serafini»
Modena, 1941, pp. 22-83 e 167-191

INTRODUZIONE

Il problema. Gli atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza a suo riguardo. La sua importanza.

Suole tornare frequente e autorevolmente sostenuta, nella dottrina, l'affermazione che l'atto amministrativo non possa venire impugnato innanzi al Consiglio di Stato (e naturalmente il problema si pone negli stessi termini in relazione alla Giunta provinciale amministrativa), quando non rivesta la forma scritta (1). Anzi, confortata da un ricco bagaglio di argomentazioni, tale tesi è stata di recente ribadita da uno dei più autorevoli esponenti della nostra maggiore magistratura amministrativa, in una approfondita indagine, la cui perspicua analisi viene dedicata segnatamente alla sua dimostrazione (2).

Il Consiglio di Stato, naturalmente sensibile alla questione, come quello che da essa viene a essere immediatamente e direttamente toccato, non si è ispirato, nel suo indirizzo giurispruden-

---

(1) Cfr., per tutti, come per riferirsi a una regola assoluta, implicitamente, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, II, 1940, pag. 221 segg.; come per riferirsi a una regola generale, RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, pag. 91. Da ultimo, si veda la nota anonima *Termine di decadenza e termine di prescrizione in un nuovo indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato*, nella « Rassegna di legislazione per i comuni », 1940, pag. 122. V., inoltre, la nota redazionale cit. *infra*, *sub* nota 2 a pag. 177.

(2) FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, estratto dagli « Scritti giuridici in onore di Santi Romano », Padova, 1939, pag. 11 segg.

ziale, a un criterio diverso (1). E, solo nel caso del così detto silenzio rifiuto, ragioni di evidente equità prima, e di diritto positivo poi, hanno potuto spingerlo a maggiore larghezza (2).

Meno restrittiva appare invece la prassi della Corte di Cassazione, e in generale dei tribunali ordinari. La sua diversa sfera di competenza non pone il giudice ordinario a contatto dei non lievi problemi, sopra tutto di carattere procedurale, di fronte ai quali il sistema positivo viene, sul punto specifico, a porre il Consiglio di Stato. E per conseguenza appare logico che esso, facendo leva esclusivamente sui principi generali di diritto sostanziale, sia portato a concepire una nozione di atto amministrativo giurisdizionalmente impugnabile ben più ampia e comprensiva (3). Del resto, è da osservare come in quei casi, in cui, trovandosi a contatto di un atto

(1) Particolarmente deciso in tal senso è il pronunciato del *Cons. di Stato, V sez.*, 27 settembre 1929, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1929, II, pag. 526, dove si afferma addirittura, con evidente imprecisione, che come atto amministrativo impugnabile può venir qualificato unicamente « un *documento*, in cui *formalmente* si estrinsechi e concreti la manifestazione di volontà dell'ente pubblico ». V. inoltre la decisione della *V sez.*, 8 febbraio 1929, nel « Foro amm. », 1929, I, *2*, c. 101, la quale considera inammissibile il ricorso contro un provvedimento non concreto e per sè non individuabile, ma che si desume da altri atti o dal comportamento dell'amministrazione.

Si ricordi tuttavia la decisione della stessa sezione, in data 16 giugno 1933, nel « Foro amm. » 1933, I, *2*, c. 181, la quale conclude per l'irrevocabilità di un atto posto a suo tempo illegittimamente in essere in forma orale, quando l'impugnativa non sia stata avanzata nel termine prescritto dalla legge. In ordine a quest'ultima decisione è però da rilevare come, se il giudice mostrò in essa una maggiore larghezza in relazione agli atti non scritti, ciò fece in un'ipotesi in cui il problema non lo toccava immediatamente. Non si presentava, in fatti, direttamente all'esame l'impugnativa di un atto non scritto. Ma la questione si poneva soltanto come preordinata alla soluzione di un altro problema. In argomento, v. anche *infra*, cap. III, § 2.

(2) Sul problema dell'impugnabilità del silenzio rifiuto, v. *infra*, cap. III, § 3.

(3) Richiamo segnatamente, quale espressione significativa di una giurisprudenza costante, la decisione della *Cassaz., Sez. Un.*, 14 gennaio 1933, nel « Foro amm. », 1933, II, c. 59, dove si considera quale atto amministrativo, come tale impugnabile innanzi al Consiglio di Stato, « *qualunque manifestazione* di volontà dell'ente pubblico, che, *comunque esternata*, abbia carattere e scopo amministrativo e sia suscettibile di conseguenze giuridiche ». Cito inoltre, per limitarmi alle più significative, le decisioni del 4 agosto 1936, nel *Rep.* della « Giur. it. » 1936, pag. 380, e del 25 luglio 1938, nel

amministrativo, il giudice ordinario ha posto in luce la necessità di far valere l'azione innanzi ai tribunali amministrativi, ciò ha fatto avendo esclusivo riguardo al problema della discriminazione delle competenze. Tutte le volte che ha ritenuto che il caso ne ricorresse, esso si è limitato a proclamare la propria incompetenza, e a riconoscere quella del Consiglio di Stato. Se, dunque, ha, su questo terreno, preso in considerazione il problema della forma dell'atto amministrativo, ciò ha fatto all'unico scopo di vedere se ed entro quali limiti potesse a una manifestazione priva di formalità venir attribuita la qualifica di atto amministrativo, la quale valesse a scagionare la sua competenza e a far riconoscere la competenza del Consiglio di Stato. Nè si è mai interessato direttamente alla ulteriore questione se contro il singolo specifico atto, emesso fuori del concorso di certe forme particolari, fosse effettivamente ammissibile un'impugnativa innanzi al giudice amministrativo.

« Foro it. », 1939, I, c. 11. In quest'ultima, dopo aver ribadito il principio che per atto impugnabile innanzi al giudice amministrativo vada intesa « qualsiasi manifestazione di volontà dell'ente pubblico », si giunge addirittura ad affermare — e così la tesi viene portata alle estreme conseguenze — che, per ciò stesso, in ogni controversia spettante alla competenza esclusiva del Consiglio di Stato l'impugnativa di un atto amministrativo non manca mai, e che quindi in materia « è superflua l'indagine sull'impugnazione dell'atto, poichè questo esiste sempre, implicitamente, *in re ipsa* ». V., del resto, già D'Amelio e Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1929, I, pag. 186, i quali affermano che quella che in una contestazione nascente dal rapporto d'impiego manchi l'impugnazione dell'atto amministrativo, e che quindi la legittimità di questo non sia contestata, è « ipotesi che non è facile prospettare ». In proposito è però opportuno rilevare come l'indirizzo assunto in giurisprudenza dalla decisione da ultimo citata non sempre ha trovato seguito. Si veda, a es., *Cassaz., Sez. Un.*, 16 marzo 1939, nella « Giur. it. », 1940, I, c. 139, dove viene ribadita la necessità che innanzi al Consiglio di Stato venga sempre impugnato un atto amministrativo.

Cade opportuno osservare a questo punto come il concetto lato di atto amministrativo impugnabile innanzi al giudice amministrativo, quale viene formulato dalla Cassazione, non manca talvolta di trovare impiego anche presso la dottrina. Ma ciò avviene in qualche caso in cui questa, nell'affrontare la questione che specificamente nell'ipotesi singola la interessa, non sente il bisogno di prospettarsi e di affrontare quelle difficoltà, le quali hanno suggerito alla giurisprudenza amministrativa di adottare un criterio più restrittivo. Si veda, a es., Crisafulli, *Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato in materia di debito pubblico*, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1933, I, pag. 491.

Questa è, in fatti, una questione, la quale può sorgere soltanto in un momento successivo a quello in cui sia stata affrontata e risolta la questione della legittimazione del giudice. E quindi è naturale che solo la giurisprudenza del Consiglio di Stato si sia potuta venire a trovare a immediato e diretto contatto di essa (1).

Come si è visto, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover adottare in materia un criterio molto restrittivo. E solo nel caso delle manifestazioni tacite di rifiuto ha mostrato una maggiore larghezza nel riconoscere l'ammissibilità di una impugnativa di atti non scritti. Anzi è da porre in rilievo come, pure in questo caso, esso non abbia mancato di insistere sul concetto che comunque, anche qui, un atto amministrativo impugnabile non sia riconoscibile presso qualsiasi forma di comportamento dell'autorità. Anche qui esso ha tenuto a porre in particolare evidenza la necessità d'esigere sempre una manifestazione concreta — non importa se tacita — formalmente ben individuata e ben determinabile. E, sopra tutto, ha tenuto a ribadire, in linea di principio, l'affermazione che, a concretare un atto amministrativo, come tale impugnabile, non sia sufficiente il semplice comportamento negativo dell'amministrazione, ogni volta che questa non abbia compiuto la prestazione di dare o di fare cui fosse tenuta, sia pure in adempimento di un preciso e indiscutibile obbligo giuridico. In casi di tal genere, ha, in fatti, insistito nel porre in rilievo e nel far valere, come una necessità essenziale per poter adire i tribunali amministrativi, l'esigenza di provocare una concreta ed effettiva pronuncia dell'autorità, nella quale — quanto meno sotto la specie dell'astensione a seguito di una formale diffida — si potesse riconoscere una manifestazione univoca di quell'azione, che il comportamento negativo in questione non sarebbe per sè solo sufficiente a rivelare (2).

---

(1) È opportuno rilevare a questo punto che, se — come verrà osservato più avanti (*sub* nota 1 a pag. 29) — non può venir considerato come criterio di discriminazione delle competenze la circostanza che si impugni o non un atto amministrativo (nel senso che, dove un atto amministrativo manchi, la competenza debba tornare al magistrato ordinario), deve a più forte ragione riconoscersi che sarebbe assurdo voler vedere un elemento di descriminazione delle competenze addirittura nella circostanza che ricorrano o meno i requisiti formali eventualmente richiesti per l'ammissibilità dell'impugnativa dell'atto innanzi al giudice amministrativo.

(2) Sono molto significative, in tal senso, le decisioni del *Cons. di Stato, V sez.*, 12 settembre 1933, n. 512; *IV sez.*, 29 maggio 1935, n. 236, ri-

I problemi dei quali qui si viene a contatto sono ricchi di interesse dogmatico. Ma indubbiamente non ha minore rilievo l'importanza pratica, che i risultati, cui può condurre un loro completo riesame, sono in grado di assumere. Del resto, non è certo questo uno dei campi più e meglio dissodati sull'arduo terreno delle gravi questioni, nelle quali si imbatte lo studioso che si ponga di fronte al sistema della nostra giustizia amministrativa (1).

Un'indagine, la quale abbia per mira di approfondire lo studio dell'aspetto formale, che l'atto dell'autorità deve o può assumere, per essere suscettibile di impugnativa innanzi al giudice amministrativo, e cioè lo studio delle esigenze, cui dal punto di vista formale l'atto deve rispondere; per essere passibile di tale impugnativa, si presenta dunque, per chi l'imprenda, pieno di attrattive. E tanto più appare tale, quando si ponga mente all'opportunità di chiarire e di precisare molti concetti, i quali, se non intesi a dovere, sono suscettibili di far sì che anche sul terreno che presentemente battiamo venga a subire una dilatazione non conforme al sistema la sfera di quegli atti, che sono da ritenere non passibili di riesame da parte del giudice amministrativo (2). Una dilatazione di tal genere sarebbe in netto ed evidente contrasto coi sani principi che ispirarono la riforma del 1889, il cui scopo precipuo ed

---

chiamate nella *Relazione del Presidente* su « Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35 », Roma, II, 1937, pag. 731 seg. V., inoltre, *V sez.*, 30 luglio 1931, nel « Foro amm. », 1931, I, *2*, c. 202; 19 gennaio 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1934, II, pag. 141; *IV sez.*, 22 giugno 1938, *ivi*, 1938, II, pag. 663. Particolarmente esplicite sono poi le recentissime decisioni della *IV sez.*, 14 aprile 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 256, e 15 novembre 1939, *ivi*, 1940, II, pag. 33.

(1) Oltre gli scrittori ricordati *supra*, *sub* note 1 e 2 a pag. 22, e quelli che si sono interessati al problema dell'impugnabilità del silenzio dell'amministrazione (v. *infra*, cap. III, § 3, e ivi note), ben scarsi sono quelli, i quali hanno rivolto alla questione la loro attenzione (v. specialmente Fragola, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Napoli, 1938, pag. 74, e *passim*). Nè i frutti fin qui raccolti possono dirsi opimi.

(2) A tal proposito è opportuno ricordare come la dottrina e la giurisprudenza siano sempre state particolarmente severe nell'esame dei casi da ritenere sottratti al sindacato del giudice amministrativo. Sull'argomento si veda, da ultimo, Sandulli, *Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale degli atti amministrativi sottratti a ogni gravame emessi da autorità incompetente*, nel « Foro it. », 1941, III, c. 133 segg.

essenziale fu appunto quello di dare, in materia amministrativa, un giudice a quegli affari che non l'avevano. Nè certo urterebbe meno contro i principî di giustizia che sono alla base della concezione fascista della posizione dello Stato rispetto al diritto (1).

---

(1) Ritornano qui alla mente le parole pronunciate dal Duce in occasione dell'insediamento del Romano alla Presidenza del Consiglio di Stato (Mussolini, *Scritti e discorsi*, Milano, VI, 1934, pag. 292 segg.), e quelle, assai più recenti, rivolte ai magistrati d'Italia nell'ottobre del 1939.

Capo Primo

1. **La regola generale della inammissibilità di adire i tribunali amministrativi se non mediante l'impugnativa di un atto d'autorità, come essenziale presupposto del problema in studio.**
2. **Le eccezioni a tale regola.**
3. **Se una ulteriore eccezione possa dirsi implicita nelle norme, le quali deferiscono al giudice amministrativo i ricorsi in materia di pubblico impiego.**

---

1. – Il problema relativo alle limitazioni, che possano eventualmente derivare dalla forma esterna dell'operato della pubblica autorità, alla possibilità di un esame, da parte degli organi della giustizia amministrativa, delle controversie in merito a tale operato, trova il suo primo ed essenziale presupposto in un principio che sta alla base dell'intero sistema dell'azione dei tribunali che qui vengono in questione. Esso è quel principio generale, per cui, a differenza di quanto avviene innanzi alle altre giurisdizioni, non può venir intentato giudizio innanzi agli organi della giustizia amministrativa, contro una autorità appartenente alla pubblica amministrazione, se non quando oggetto immediato dell'istanza sia l'impugnativa di un suo provvedimento (1). Di qui la necessità di prendere preliminarmente in esame il valore e l'estensione di tale regola.

Espressamente sancita dalle leggi che disciplinano la materia, essa esige che, nelle questioni in cui abbiano competenza (2), gli organi della giustizia amministrativa non vengano aditi, se non quando

---

(1) Tale regola risulta enunciata in via generale dall'art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato, e, più o meno implicitamente, richiamata in altre disposizioni dello stesso T. U.. V., in fatti, il cpv. dell'art. 30, l'art. 34, l'art. 36, il cpv. dell'art. 41, l'art. 45, ecc. V. inoltre gli art. 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 17, ecc. del T. U. sulle attribuzioni della G. P. A. in sede giurisdizionale.

(2) Dottrina e giurisprudenza possono oggi considerarsi definitivamente concordi nel riconoscere nella *causa petendi* e non nel *petitum* l'effettivo elemento di discriminazione della competenza del Consiglio di Stato da quella dei tribunali ordinari. In argomento, cfr., per tutti, Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5ª ed., Milano, 1937, pag. 428 segg., 433. V. inoltre nota seg.

si abbia interesse a conseguire la caducazione di un atto (1), che un'autorità amministrativa abbia posto in essere nell'esplicazione della propria potestà pubblica (2).

(1) Spesso, in passato, la descriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo venne affermata appunto sulla base della circostanza che si facesse o non valere l'impugnativa di un provvedimento (per la storia della questione v. Bossi, *La giustizia amministrativa*, 6ª ed., Padova, 1938, pag. 207 segg.). Oggi tale criterio è nettamente superato (v. nota prec.). Tuttavia – ove si escluda qualche recente pronunciato della Cassazione in tema di giurisdizione esclusiva, nel quale si è affermato che la discriminazione delle competenze ben potrebbe venir fissata esclusivamente sulla base della *materia* (*Sez. Un.*, 25 luglio 1938, cit.) — l'opinione oggi dominante appare correttamente orientata nel senso che, pur dovendosi riconoscere nella *causa petendi* l'effettivo criterio di distinzione, non possa a ogni modo considerarsi ammissibile, davanti all'uno dei due giudici, un *petitum* proprio e caratteristico dell'altro (il punto risulta illuminato in modo molto efficace, dal punto di vista dogmatico, nel recente studio del Rovelli, *Osservazioni sulla natura del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*, negli *Scritti*, cit., *in onore di S. Romano*, II, pag. 330 segg.). Tale principio risulta però reso ben poco felicemente nella formula usuale, secondo la quale entrambi i criteri — *causa petendi* e *petitum* — sarebbero necessari, sia pure concependo il secondo come semplice elemento d'integrazione del primo, per determinare la competenza (cfr., per tutti, Zanobini, *Corso*, cit., II, pag. 176 segg.; per ulteriori indicazioni sull'argomento, cfr. Lavagna, *Osservazioni sul rapporto tra i criteri per la discriminazione della competenza tra il Consiglio di Stato e l'Autorità giudiziaria*, nel « Foro amm. », 1940, I, *1*, nota 1 a c. 28). Come opportunamente è stato posto in evidenza, l'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, e l'art. 45 del T. U. sul Consiglio di Stato, nel riferirsi al *petitum* rispettivamente ammesso innanzi al giudice ordinario e innanzi al giudice amministrativo, non fanno se non determinare, entro l'ambito della competenza di ciascuno, i *poteri* propri di tali giudici: si tratta per ciò di norme affatto estranee al problema della discriminazione delle competenze (Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., pag. 430). Onde, per esprimere in una corretta formula l'effettiva realtà del fenomeno, occorre affermare che esclusivamente la *causa petendi* costituisce il momento di discriminazione delle competenze, mentre la rispondenza del *petitum* ai poteri propri del giudice adito non può essere considerata se non come una condizione di ammissibilità dell'azione o del ricorso (v. *Relazione dell'Avvocatura dello Stato per il quadriennio 1926-29*, Roma, 1931, pag. 153; Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 30 segg.; *Cons. di Stato*, *V sez.*, 2 maggio 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 376).

(2) Che innanzi agli organi della giustizia amministrativa non possano venir

Per i termini della sua formulazione, e per la posizione che a essa il legislatore ha voluto assegnare, nel dettare il complesso sistema delle norme che disciplinano la materia della giustizia amministrativa — in seno al quale risulta espressa nel momento stesso, in cui viene determinata la sfera di competenza del giudice presso cui deve venire applicata (1) —, non è certo a dubitare del carattere di generalità che tale regola riveste Come in genere tutte le regole, anche essa ha però le sue eccezioni. Tuttavia — ed è quanto preme — queste sono molto scarse. Anzi interessa avvertire subito come non sembri meritare credito quel recente orientamento giurisprudenziale del Supremo Collegio, il quale, nelle questioni di giurisdizione esclusiva, pare corrivo ad ammettere addirittura la possibilità, in via di regola generale, che il giudice amministrativo venga adito senza alcun bisogno dell'impugnativa di uno specifico atto amministrativo, e cioè semplicemente in considerazione della

---

impugnati, se non gli atti posti in essere dall'autorità nell'esplicazione della propria potestà pubblica, è un principio universalmente riconosciuto, al meno in linea generale (v., in fatti, quanto verrà osservato più oltre in materia di giurisdizione esclusiva), dalla dottrina. Su di esso, v., per tutti, RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., pag. 417 segg. Egli ricorda due relazioni ministeriali a disegni di legge sull'argomento — l'una del 1897, l'altra del 1923 —, le quali si rifanno esplicitamente a tale principio. — Sulla distinzione tra attività pubblica e attività privata delle pubbliche amministrazioni — distinzione alla quale oggi si tende opportunamente a riconoscere carattere meramente formale, in quanto si ammette che essa esiste soltanto se e quando l'ordinamento sottoponga, nelle singole concrete ipotesi, l'attività delle pubbliche amministrazioni a un regime giuridico piuttosto che a un altro —, v. da ultimo lo studio dell'AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, nell'« Arch. di dir. pubbl. », 1938, pag. 462 segg., al quale rinvio anche per le indicazioni della dottrina anteriore.

(1) L'art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato suona, in fatti, così: « Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, *contro atti e provvedimenti* di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici ». Pare forzata la recente formulazione del *Cons. di Stato, Ad. plen.*, 18 dicembre 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 26, secondo la quale l'art. 26, per quanto riguarda la necessità di impugnare un atto, si riferirebbe « soltanto agli interessi legittimi », e sarebbe insuscettibile di estensione alle materie di giurisdizione esclusiva.

materia in questione (1). Non pare a dubitare, in fatti, che, nell'instaurare, in relazione ad alcune materie, il sistema della competenza esclusiva del giudice amministrativo, il legislatore abbia inteso sottoporre quelle materie all'ordinamento e alla disciplina procedurale propri di tale giudice. E — quanto qui rileva (e risulta spesso esplicitamente dal sistema delle norme che presiedono alla materia) — nella generalità delle ipotesi ha indiscutibilmente inteso rispettata la regola che gli organi della giustizia amministrativa vengano aditi unicamente mediante l'impugnativa di un provvedimento (2).

---

(1) In tal senso v. esplicitamente la decisione delle *Sez. Un.*, 21 luglio 1937, nel « Foro amm. », 1938, II, c. 5. Si risolve di fatto in una soluzione non diversa la decisione del 25 luglio 1938, riportata nel « Foro it. », 1939, I, c. 12, un cui passo significativo è stato riferito *supra*, in nota a pag. 24. Una soluzione di tal genere — la quale non manca di riscuotere il plauso di qualche scrittore (v. la nota del D'Audino, *Del termine per il ricorso giurisdizionale amministrativo in materia di diritti patrimoniali degli impiegati pubblici*, nel « Foro amm. », 1940, I, 2, c. 42) — era già stata preconizzata dal Malinverno, *Questioni conseguenziali alla pronuncia giurisdizionale sul licenziamento da un pubblico impiego*, ne « Il Consiglio di Stato - Studii in occasione del centenario », Roma, III, 1932, pag. 395, 433 segg. Tuttavia, come è dato ricavare da qualche pronuncia successiva, lo stesso Collegio Supremo non pare orientato nel senso di considerarla come il punto d'origine di un indirizzo costante. Cfr., in fatti, la decisione delle *Sez. Un.*, 16 marzo 1939, nella « Giur. it. », 1940, I, c. 139. V., tuttavia, da ultimo, la decisione del 24 aprile 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 36. È qui da notare come quel recente indirizzo giurisprudenziale adottato dal Consiglio di Stato, che verrà più ampiamente illustrato e discusso *sub* § 3, si ricolleghi molto da vicino al punto di vista adottato dalle decisioni della Cassazione, cui qui ci si riferisce.

(2) In tal senso, v. specialmente l'acuta dimostrazione del Ranelletti, *L'impugnativa di un atto amministrativo nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa*, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1931, I, pag. 456 segg. La stessa giurisprudenza era, fin qui, solita affermare e ribadire la regola generale dell'inammissibilità del ricorso al giudice amministrativo, se non quando si prendesse un atto amministrativo a oggetto d'impugnativa (in questo senso sono particolarmente esplicite, tra le altre, le decisioni della *Cassaz., Sez. Un.*, 10 maggio 1929, nel « Foro it. », 1929, I, c. 993, e del *Cons. di Stato, IV Sez.*, 22 giugno 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1934, II, pag. 523). Tuttavia tutto il vantaggio di tale corretto orientamento è andato perduto a causa dell'impropria dilatazione che al concetto di atto amministrativo essa stessa è venuta a dare, quando, soddisfatta l'esigenza della formale presenza di un operato dell'autorità, non si è affatto preoc-

Come si è già detto, tuttavia, qualche eccezione alla regola generale non manca. E la si riscontra in seno a quelle materie, in cui il giudice amministrativo risulta legittimato anche al riesame del merito del provvedimento in questione, o, più spesso, appunto

---

cupata dell'oggetto di tale operato (su tale improprietà, v. le recenti osservazioni del BODDA, *Intorno ad un nuovo indirizzo in tema di giurisdizione esclusiva*, nella « Giur. it. », 1940, III, c. 102, e del COMBA, *Decadenza e prescrizione. A proposito del nuovo indirizzo del Consiglio di Stato in tema di giurisdizione esclusiva*, nella « Riv. del pubbl. imp. », 1941, I, pag. 68 seg., 80 seg.). Tanto che, come naturale corollario di un indirizzo di tal genere, falso nelle sue stesse basi, si è giunti alla recente inaccettabile affermazione che in ogni controversia attinente alle materie di competenza esclusiva del giudice amministrativo l'atto ammministrativo « non manca mai », e che quindi « è superflua l'indagine sull'impugnazione dell'atto, perchè questo esiste sempre, implicitamente, *in re ipsa* » (così la decisione della *Cassaz., Sez. Un.*, 25 luglio 1938, più volte ricordata). Nè a nulla è valso se autorevoli scrittori non hanno mancato di ribadire costantemente il concetto che una pronuncia, la quale nei suoi sviluppi non tenga il debito conto, nel considerare gli atti dell'autorità, della differenza tra azione di diritto pubblico e azione di diritto privato, viene a urtare violentemente contro i principî che sono alla base del sistema che il legislatore ha inteso instaurare. Accanto alle belle pagine del Ranelletti, già citate, vanno a tal proposito ricordati specialmente i numerosi e spesso vivaci commenti di disapprovazione, che il Forti — nella nota *Ancora in tema di silenzio e di giurisdizione esclusiva*, nel « Foro it. », 1932, III, c. 367, e nelle frequenti *Osservazioni* inserite nella stessa raccolta: 1933, III, c. 4, 59, 235, 365; 1934, III, c. 53, 331; 1939, I, c. 11 —, nella sua attenta vigilanza degli sviluppi giurisprudenziali, ha assiduamente dedicati alla difesa delle posizioni, dalle quali, con scarsa aderenza allo spirito del sistema, progressivamente il magistrato andava scostandosi. Nello stesso senso, oltre le decise osservazioni del JEMOLO, *Limiti della « giurisdizione esclusiva » del Consiglio di Stato in materia di pubblico impiego*, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1926, I, pag. 113 segg., e dell'ASCOLI, *Limiti della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa circa il rapporto di pubblico impiego*, nel « Foro it. », 1926, I, c. 437 segg., i quali furono i primi a schierarsi in difesa di tale punto di vista, v., tra i più vicini a noi, BODDA, *Regolamenti comunali e desuetudine. Questioni in tema di competenza esclusiva*, nel « Foro it. », 1934, III, c. 49 segg., *Intorno ad un nuovo indirizzo*, cit.; RESTA, *La competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa nelle più recenti decisioni del Consiglio di Stato e nella riforma del regolamento processuale del lavoro*, nel « Foro amm. », 1934, I, 2, c. 6 segg.

Sarà opportuno precisare qui come, l'aver insistito sul concetto che

in seno a quelle materie, in cui ha competenza esclusiva. È noto come la competenza degli organi della giustizia amministrativa si risolva di massima nel sindacato generale della legittimità dell'azione delle pubbliche amministrazioni, in quelle materie dove non vengano in esame delle questioni relative a diritti soggettivi. Tale sindacato trova la sua ideale possibilità di estrinsecazione appunto mediante un controllo diretto sull'atto. È quindi ben logica la regola generale che le controversie che si svolgono innanzi agli organi della giustizia amministrativa trovino la migliore soddisfazione giurisdizionale mediante una specifica revisione dell'atto. Ed è altrettanto logico che le poche eccezioni a tale regola si riscontrino proprio su quel terreno, dove, in difformità dal principio generale, vengono in discussione delle controversie, in relazione alle quali la competenza del giudice non si limiti al solo sindacato della legittimità dell'azione amministrativa, o si estenda anche a questioni che involgano dei veri e propri diritti subbiettivi.

Per la completezza della presente indagine, la quale si propone di fissare se e dove delle limitazioni possano eventualmente derivare, alla sfera di potestà del giudice amministrativo, dall'aspetto formale dell'atto che venga impugnato, non si può qui prescindere dall'esame di tali eccezioni, al fine di determinare quante e quali esse siano. Perchè, dove esse ricorrano, non venendo neanche in questione l'impugnazione di un provvedimento dell'autorità, non potrà logicamente porsi un problema delle limitazioni, derivanti dall'aspetto formale dell'atto *de quo agitur*, alla possibilità di adire il giudice amministrativo.

2. - Come si è visto, normalmente la funzione degli organi della giustizia amministrativa si risolve in un controllo giurisdizionale

---

innanzi ai giudici amministrativi, anche in quelle materie dove essi abbiano competenza esclusiva, l'azione, per regola generale, possa venir esercitata unicamente mediante l'impugnativa di un atto amministrativo, non può affatto significare, come pur autorevolmente è stato talvolta ritenuto (v., primo fra tutti, ZANOBINI, *Criteri di determinazione delle competenze nelle controversie di contenuto patrimoniale derivanti dal rapporto d'impiego pubblico*, nel « Foro it. », 1926, I, c. 187), che in tali materie la presenza o meno dell'atto amministrativo sia a considerare come criterio discriminante della competenza, nel senso che dove esso manchi la competenza debba tornare al magistrato ordinario. Sul punto, in fatti, non può accogliersi una soluzione differente da quella già formulata, in linea generale, in relazione alle questioni di competenza dei tribunali amministrativi (v. *supra*, nota 1).

diretto sugli atti amministrativi, e cioè sui provvedimenti posti in essere dalle autorità amministrative nell'esercizio della loro potestà pubblica. Per regola generale, dunque, vengono qui in questione esclusivamente degli atti emessi da una pubblica amministrazione, nell'esercizio di una potestà pubblica, e per ciò in veste autoritativa. Da una parte, restano quindi esclusi, di norma, gli atti che le pubbliche amministrazioni pongono in essere nell'esercizio di quella che suole venir designata come la loro attività di diritto privato. E d'altro canto non vengono, per solito, in questione quegli atti, i quali, pur essendo indubbiamente emessi dalle pubbliche amministrazioni nell'esplicazione della loro azione pubblica, non possono tuttavia venir considerati posti in essere nell'esercizio di una pubblica potestà, e cioè in veste autoritativa, perchè risultano espressi nei confronti di soggetti, che, per la loro stessa natura, o per le caratteristiche del rapporto che viene in questione, non sono a considerare, nell'ipotesi specifica, sottoposti alla potestà dell'autorità di cui si tratta (1). In entrambe le ipotesi prospettate, in fatti, non è più questione di un atto amministrativo. E ciò appunto perchè manca quel carattere autoritativo, il quale solo è suscettibile di far sì che a un certo atto venga riconosciuta tale qualifica, con tutte le conseguenze di regime e di trattamento giuridico che a essa si riconnettono (2).

Tuttavia, proprio su quel terreno, dove eccezionalmente, come si è visto, gli organi della giustizia amministrativa hanno la possibilità di giudicare fuori dei limiti della normale competenza di legittimità, non mancano dei casi in cui essi vengono dal legislatore chiamati a risolvere delle controversie, in relazione a rapporti in cui la pubblica

---

(1) Su questa categoria di atti, v. le recenti acute osservazioni del Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 12, riprese nella decisione del *Cons. di Stato, V. sez.*, 1 dicembre 1939, da lui stesso estesa, e inserita nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 37, nonchè nelle altre numerose decisioni della stessa sezione — da lui presieduta —, cit. *infra, sub* nota 1 a pag. 39. *Contra*, la nota anonima *Termine di decadenza*, cit., pag. 123 segg.; Bodda, *Intorno ad un nuovo indirizzo*, cit., c. 104 segg.; Lentini, *Termine di decadenza e termine di prescrizione nel più recente indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato*, nella « Rass. di legisl. per comuni », 1940, pag. 843.

(2) Sui caratteri giuridici inerenti alla qualifica di atto amministrativo, e cioè di atto posto in essere dall'autorità amministrativa nell'esplicazione della propria potestà pubblica, v., da ultimo, Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 12.

amministrazione non si presenta nella sua veste autoritativa (1). Sono appunto questi i soli casi, in cui, indipendentemente dall'impugnazione di un atto d'autorità, il giudice amministrativo ha il potere di dirimere una controversia sottoposta al suo esame. Cerchiamo ora di determinare dove e quando questi casi ricorrano (2).

A mio avviso, essi sono i seguenti. Un primo è quello che si riscontra nelle controversie sorgenti dal fatto che l'autorità amministrativa non si sia uniformata al giudicato formatosi a suo carico (art. 27, n. 4, del T. U. sul Cons. di Stato). Un altro si ha nelle controversie tra lo Stato e i suoi creditori in materia di interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti, e delle altre leggi sul debito pubblico (art. 29, n. 4, del T. U sul Cons. di Stato). Un terzo riguarda le controversie circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per le provincie e per i comuni, ai termini degli art. 354 seg. del T. U. 27 luglio 1934, n. 1265, delle leggi sanitarie (art. 29, n. 5, del T. U. sul Cons. di Stato) (3). Un ultimo ricorre nelle controversie relative alle spese per il mantenimento degli alienati, previste dal-

(1) Per ciò il Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 12, parla a questo proposito di « atti paritetici ».

(2) Non sembra opportuno accogliere, sopra tutto perchè appaiono in contrasto coi principî da lui stesso esattamente formulati circa la necessità che l'atto da impugnare sia sempre un atto d'autorità, gli argomenti che il Ranelletti, *La giurisdizione competente per le controversie contro pubbliche Amministrazioni, aventi per oggetto diritti patrimoniali derivanti dal rapporto d'impiego*, nel « Foro it. », 1928, I, c. 101 segg., cerca di portare al fine di dimostrare che nei casi, che qui verranno presi in considerazione, non sia a vedere alcuna eccezione alla regola che si esamina. Lo stesso può ripetersi nei confronti del Lucifredi, *Competenza esclusiva e impugnazione di atti amministrativi*, nel « Foro amm. », 1936, IV, pag. 39, e del Coviello, *Sulla « competenza esclusiva » del giudice amministrativo*, nella « Riv. di dir. civ. », 1928, pag. 330 segg..

(3) Si osservi però che, in caso di contestazione sulla competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per la provincia o per il comune, l'art. 356 del T. U. delle leggi sanitarie prevede una decisione definitiva del prefetto, sentita la G. P. A. Quindi, nell'ipotesi che la controversia circa l'obbligo della spesa corra tra i due enti, cui la citata disposizione si riferisce, non potrà mai venire in questione una controversia portata innanzi al giudice amministrativo indipendentemente dall'impugnativa di un atto amministrativo. In tale ipotesi, in fatti, il ricorso giudiziario non potrà venir mosso, logicamente, se non contro il provvedimento autoritativo del prefetto.

l'art. 7, comma 1, della L. 14 febbraio 1904, n. 36 (art. 29, n. 7, del T. U. sul Cons. di Stato), nonchè in quelle relative alle spese, alle prime assimilate, per l'assistenza e la cura degli affetti da forme di parkinsonismo encefalitico, previste dall'art. 4 del R. D. L. 29 ottobre 1936, n. 2043 (1).

Nel primo e nel secondo dei casi citati, si viene a contatto di rapporti, nei quali il legislatore pone il privato in una posizione paritaria nei confronti dell'amministrazione. Nel primo, perchè il privato, al quale la decisione giurisdizionale fu favorevole, vanta un'imprescindibile pretesa giuridica a che l'amministrazione si conformi a quanto il giudicato detta: per modo che egli non si trova più, ormai, di fronte a un soggetto, il quale, nell'espressione di una potestà pubblica, pronunci nei suoi riguardi in atteggiamento di supremazia; ma viene semplicemente a trovarsi di fronte a un soggetto, il quale ha nei suoi confronti un indiscutibile obbligo giuridico, riconosciuto dall'autorità competente (2). Nel secondo, perchè, al

(1) Non vengono invece qui in questione le controversie che sorgessero circa le spese di spedalità e di ricovero degli inabili al lavoro, cui si riferisce il n. 6 dell'art. 29 del T. U. sul Consiglio di Stato. In fatti, in stretta analogia col caso considerato *sub* nota prec., l'art. 80 della L. 17 luglio 1890, n. 6972, sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, modif. secondo il R. D. legislativo 30 dicembre 1923, n. 2841, stabilisce che, prima che a loro riguardo sia chiamato a pronunciarsi il giudice amministrativo, esse vengano decise in via amministrativa, a seconda dei casi, con decreto del prefetto o del ministro dell'interno (in argomento v. il recente studio del Ragnisco, *Le controversie relative alle spese pel mantenimento degli inabili al lavoro*, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, I, pag. 28 segg.). — Lo stesso dicasi per ciò che riguarda le contestazioni sui confini di comuni e di provincie, previste dal n. 3 dell'art. 27 del T. U. sul Consiglio di Stato. Anche in relazione a esse il tribunale amministrativo non può venire adito, se non mediante l'impugnazione del decreto reale, emanato, ai termini dell'art. 267 del T. U. com. e prov., in via di preventiva decisione amministrativa della questione. — Del pari non possono venire in questione le controversie in materia di consorzi, cui si riferiscono i n. 5, 9, 10 del T. U. sul Consiglio di Stato, e i n. 5, 6, 7 dell'art. 1 del T. U. sulle attribuzioni della G. P. A. in sede giurisd.. Perchè il riparto delle spese tra i consorziati, secondo il grado del rispettivo interesse, viene valutato dall'autorità, e secondo un criterio di discrezionalità tecnica. In argomento si veda Cammeo, *La competenza delle giurisdizioni amministrative in materia di consorzi*, nella « Giur. it. », 1903, III, c. 25, nonchè il breve cenno del D'Alessio, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, pag. 189.

(2) Che nel così detto ricorso diretto a ottenere dall'amministrazione

meno di norma, e certo nella parte maggiore dei casi, le controversie, cui si riferisce il n. 4 dell'art. 29 del T. U. sul Consiglio di Stato, hanno carattere puramente patrimoniale; e anzi sono spesso relative

---

l'adempimento del giudicato manchi la necessità dell'impugnativa di un atto amministrativo — sia pure nella forma del tacito rifiuto —, risulta ben evidente dal disposto dell'art. 90 del regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Basti por mente come manchi qui ogni termine di decadenza dal ricorso. Questo, in fatti, può venir proposto « finchè duri l'azione di giudicato », anche se « non prima di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in mora di provvedere ».

Se bene sia necessaria una messa in mora dell'amministrazione, non si deve dunque attendere una sua pronuncia, o comunque un suo comportamento, al fine di agire direttamente contro di questo. Si esercita l'azione invece semplicemente perchè sia mancato l'adempimento del giudicato: e ciò fuori di quel rigoroso termine di decadenza che è disposto per l'impugnativa giurisdizionale degli atti amministrativi (art. 36 del T. U. sul Cons. di Stato; art. 7 del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd.). Il che certo riprova chiaramente come qui non si venga a contato dell'impugnativa di un atto amministrativo. V., in fatti, le osservazioni dello ZANOBINI, *Criteri di determinazione*, cit., c. 189, sulla rilevanza che la presenza di un termine di decadenza abbia sul concetto di ricorso (impugnazione di un atto) e su quello di azione (domanda diretta a ottenere dall'autorità una pronuncia in ordine a una contestazione). Sul punto, v. anche le efficaci considerazioni del FAGIOLARI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 21. Sul rilievo che nel caso che si considera manchi l'impugnativa di un atto amministrativo, oltre che il FAGIOLARI, *loc. cit.* (e, sulle sue orme, la ricordata decisione del *Cons. di Stato, V. sez.*, 1 dicembre 1939, nonchè la decisione dell'*Ad. plen.*, 18 dicembre 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 26), insiste esplicitamente il CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, nella « Giur. it. », 1927, III, nota 33 a c. 21. L'opinione contraria, sostenuta dal RANELLETTI, *La giurisdizione competente*, cit., c. 101, non appare rispondente al sistema positivo. Occorre però porre bene in risalto come, se nel caso in esame può affermarsi di essere a contatto di un vero e proprio rapporto paritario, basato sull'esistenza, presso le due parti, rispettivamente di un diritto e di un obbligo, ciò può farsi solo quando — scartata l'opinione di chi vorrebbe, su questo terreno, vedere le pretese del cittadino affievolirsi di fronte al superiore interesse pubblico — si acceda al punto di vista di chi riconosce qui l'esistenza di un vero e proprio obbligo giuridico dell'amministrazione nei confronti del cittadino. In tal senso v. il recente studio del GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, nell' « Arch. di dir. pubbl. », 1938, pag. 250 segg., al quale rinvio per ulteriori indicazioni.

all'interpretazione di vere e proprie clausole contrattuali, le quali vennero liberamente stipulate da due soggetti posti, in relazione al rapporto in questione, su un piede di uguaglianza giuridica (1).

Negli altri due casi, si viene poi a contatto di controversie, le quali hanno luogo tra enti pubblici, che, siano o non, nella loro essenziale relazione, paritari, agiscono qui su piede di parità. Sia nell'uno, come nell'altro, si disputa, in fatti, circa la competenza passiva di oneri patrimoniali, tra enti ai quali manca ogni potestà di imporseli l'un l'altro autoritativamente. E quindi manca il presupposto essenziale perchè possa affermarsi di essere a contatto di un atto amministrativo (2).

---

(1) L'affermazione del FAGIOLARI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 30, che in questa materia si verrebbe di regola a contatto di veri e propri atti amministrativi, in quanto le controversie su questo terreno porterebbero sempre in discussione degli atti posti in essere nell'esercizio di un'azione d'impero, urta nettamente contro il dettato della legge (v., del resto, la ricordata decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 1 dicembre 1939, estesa dallo stesso Fagiolari). Ancor meno decisivi sono in proposito gli argomenti addotti dal RANELLETTI, *La giurisdizione competente*, cit., c. 102 (e lo segue il COVIELLO, *La «competenza esclusiva»*, cit., pag. 330 seg.), il quale vorrebbe fondarsi sulla circostanza che qui la legge (e la cosa non è neanche rispondente al vero) parli di *ricorsi* (sullo scarso affidamento che un argomento di tal genere è in grado di offrire, paiono decisivi i rilievi del SALEMI, *Dell'autorità competente a giudicare sui diritti patrimoniali dei pubblici impiegati*, nella «Riv. di dir. pubbl.», 1926, I, pag. 424). Nè più convincente la tesi appare sulla penna del CRISAFULLI, *Sui limiti*, cit., il quale accede a un concetto di atto amministrativo troppo lato e troppo vago perchè a esso si possa aderire. Sul punto, v. ZANOBINI, *Le materie di esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato e le controversie relative a diritti patrimoniali*, nel «Foro it.», 1925, III, c. 4 seg.; VITTA, *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino, I, 1937, pag. 629 seg.

(2) Il carattere puramente patrimoniale delle questioni che qui si presentano all'esame viene comunemente riconosciuto dalla dottrina (cfr. ZANOBINI, *Le materie di esclusiva giurisdizione*, cit., c. 4; SALEMI, *Dell'autorità competente*, cit., pag. 412; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., I, pag. 630; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3ª ed., Messina, III, 1931, pag. 256 segg.). Tuttavia non sempre si suole in proposito porre in rilievo la circostanza che qui manchi un atto amministrativo da impugnare. In relazione alle seconde, tale circostanza viene lumeggiata espressamente dal FAGIOLARI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 26 seg., e viene universalmente riconosciuta dalla giurisprudenza (tra le decisioni più recenti e più esplicite, mi limito a ricordare quelle del *Cons. di Stato, V sez.*, 23 agosto 1934,

Ai casi fin qui ricordati vanno limitato, a mio modo di vedere, le eccezioni alla regola che si è esaminata.

3. - Non è mancato tuttavia di recente chi, sulla base di acute argomentazioni, ha ritenuto di poter dimostrare in un altro caso la presenza di una eccezione al principio generale (1).

Com'è noto, il n. 1 dell'art. 29 del T. U. sul Consiglio di Stato, e l'art. 4 del T U. sulle attribuzioni della G. P. A. in sede

---

nel « Foro amm. », 1935, I, *2*, c. 4, e 1 dicembre 1939, più volte richiamata, nonchè quella dell'*Ad. plen.*, 18 dicembre 1940, già ricordata), se bene anche qui non siano mancate le affermazioni contrarie, e pure stavolta poco seguibili, del RANELLETTI, *La giurisdizione competente*, cit., c. 101. È ben strano però che tutti gli scrittori abbiano trascurato completamente le prime.

(1) FAGIOLARI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 27 segg. Si informa fedelmente ai criteri profilati in tale studio la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 1 dicembre 1939, redatta dallo stesso autore di esso, e più volte ricordata. Tale decisione costituisce il punto di partenza di un indirizzo giurisprudenziale, che non solo viene oggi costantemente seguito dalla sezione che lo ha introdotto (cfr. i pronunciati 9 aprile 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 305; 12 aprile 1940, *ivi*, II, pag. 307; 16 aprile 1940, *ivi*, II, pag. 296; 26 aprile 1940, *ivi*, II, pag. 366; 18 maggio 1940, *ivi*, II, pag. 364; 9 agosto 1940, n. 497, 498, *ivi*, II, pag. 562; 6 settembre 1940, n. 516, *ivi*, II, pag. 516; 6 settembre 1940, n. 530, *ivi*, II, pag. 566; 27 settembre 1940, *ivi*, 1941, II, pag. 9; 22 novembre 1940, *ivi*, II, pag. 71), ma, di fronte all'atteggiamento difforme della IV sezione (v., da ultimo, 22 ottobre 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 84), è stato recentemente confortato dall'autorità dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione del 18 dicembre 1940 già ricordata. In netto dissenso da esso si sono espressi, oltre che una nota redazionale, *Sull'atto amministrativo impugnabile davanti agli organi della giustizia amministrativa*, inserita nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 43 seg., BODDA, *Intorno ad un nuovo indirizzo*, cit., c. 102 segg.; RESTA, *Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in « Jus », 1940, pag. 485; LENTINI, *Termine di decadenza*, cit.; DE GENNARO, *Vecchi e nuovi indirizzi in materia di competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa ordinaria*, nel « Foro amm. », 1940, IV, pag. 89 segg. Per contro, alle sue conclusioni plaude — ma forse più per ragioni di convenienza, sollecitate dal miraggio di una minore incertezza della competenza, che per intima convinzione — una nota redazionale, *In tema di giurisdizione esclusiva: inapplicabilità del termine di decadenza alle questioni patrimoniali*, inserita nel « Foro it. », 1940, III, c. 9 segg. In senso nettamente favorevole è invece lo studio del COMBA, *Decadenza e prescrizione*, cit.

giurisdizionale attribuiscono alla competenza esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi relativi al rapporto di pubblico impiego, quando non si tratti di materia spettante alla giurisdizione della Corte dei Conti o a quella di altri corpi o collegi speciali.

Qui non è il caso di impegnarsi in un completo riesame della complessa questione circa l'estensione e i limiti della competenza del giudice amministrativo su questa materia. Tale questione è stata vivamente agitata, specialmente per ciò che riguarda le relazioni patrimoniali attinenti al rapporto d'impiego. E, per quanto lungamente dibattuta, non pare ancor oggi superata, non solo nel campo della dottrina, nel quale non era mai riuscita a sopirsi (1), ma anche in quello della giurisprudenza, dove, a un atteggiamento che pareva definitivo, appena di recente si è sovrapposto un orientamento innovatore, il quale sembra tuttavia, al meno per ora, destinato ad avere il sopravvento (2). Si comincia da quelle soluzioni, le quali, nella loro estensiva interpretazione, hanno voluto assoggettare alla giurisdizione dei tribunali amministrativi ogni genere di controversia di carattere patrimoniale presentata in via principale, e avente comunque la sua base nel rapporto d'impiego; e hanno limitato i casi delle questioni sottratte dal legislatore alla competenza di tali tribunali esclusivamente alle discussioni circa il risarcimento del danno derivato

(1) Nella dottrina, il tema è tornato d'attualità dopo il recente studio del Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., e dopo la decisione innovatrice del *Cons. di Stato, V sez.*, 1 dicembre 1939, la quale ha suscitato profondo interesse. Per la dottrina anteriore v. le ampie indicazioni contenute nell'informato studio del De Gennaro, *Vecchi e nuovi indirizzi*, cit.

(2) L'orientamento innovatore è quello segnalato *sub* nota 1 a pag. prec. Anteriormente, pur dopo aver attraversato periodi di intensa incertezza, e fasi di vario orientamento, la giurisprudenza pareva consolidata nel senso che tutte le questioni patrimoniali nascenti dal rapporto d'impiego, quando venissero presentate in via principale, fossero di competenza del giudice amministrativo, e soggette ai termini di decadenza propri dei giudizi instaurati innanzi a tale giudice. Tra le decisioni più recenti, cfr. *Cons. di Stato, IV sez.*, 7 luglio 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 476; 8 novembre 1939, nella « Giur. it. », 1940, III, c. 137. Non meno consolidata la giurisprudenza pareva — e pare tuttora (il punto non risulta toccato dall'indirizzo innovatore recentemente introdotto) — nell'affermazione che vadano considerate come questioni patrimoniali conseguenziali, come tali sottratte al giudice amministrativo, soltanto quelle relative al risarcimento dei danni. in tal senso, v., da ultimo, *Cons. di Stato, IV sez.*, 21 gennaio 1941, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 222; *V sez.*, 7 febbraio 1941, *ivi*, II,

all'impiegato dall'operato illegittimo dell'amministrazione (1). E si termina a quelle, le quali, nella loro interpretazione più restrittiva, assumono essere la competenza dei tribunali amministrativi, in materia di rapporto d'impiego, limitata alle sole controversie che involgano il lato propriamente pubblicistico del rapporto, e che cioè si riferiscano alla sua essenza, alla sua stessa sussistenza, alla sua disciplina: soluzioni, secondo le quali delle questioni patrimoniali possono venir sottoposte al giudice amministrativo, solo in quanto risultino strettamente aderenti alla disciplina dell'aspetto pubblicistico del rapporto, o, al meno, in quanto implichino la soluzione di problemi attinenti appunto a tale aspetto (2),

---

pag. 195. Non pare discostarsi da tale direttiva la decisione della *IV sez.*, 16 gennaio 1940, nel « Foro it. », 1940, III, c. 189, la quale considera come conseguenziale la questione relativa alla pretesa degli interessi di mora da parte dell'impiegato che abbia ottenuto la condanna dell'amministrazione al pagamento degli stipendi arretrati. È da notare anzi, in proposito, come, di fronte a qualche ipotesi, nella quale veniva in questione una controversia relativa a diritti soggettivi connessi col rapporto d'impiego, la quale già *ictu oculi* si rivelava propria della competenza del magistrato ordinario, il giudice amministrativo — pur di mantenersi fedele alla propria direttiva programmatica — non ha esitato a forzare un pò i concetti, per inquadrarla tra le questioni attinenti al diritto patrimoniale conseguenziale al risarcimento del danno, come tali sottratte al proprio sindacato. Così *Cons. di Stato, V sez.*, 27 settembre 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 19 (si vedano le note dissenzienti a tale decisione dedicate dallo Zotta, *Competenza esclusiva e diritti conseguenziali, ivi*, pag. 20 segg., e dal Malinverno, *Sulle questioni conseguenziali alla pronuncia giurisdizionale*, nella « Giur. it. », 1941, III, c. 53 segg.). Sul problema dei diritti patrimoniali conseguenziali, in genere, si veda il recente studio dello Stumpo, *In tema di diritti patrimoniali conseguenziali a pronuncia della giurisdizione amministrativa*, nella « Riv. del pubbl. imp. », 1941, I, pag. 1 segg.

(1) Il primo a porsi su tale via fu lo Zanobini, *Le materie di esclusiva giurisdizione*, cit., c. 3 segg. (v. ora *Corso*, cit., II, pag. 274 segg.), il quale, con le sue acute osservazioni, riuscì a influenzare potentemente il successivo sviluppo della giurisprudenza, in senso diverso da quello che era stato il suo primitivo orientamento (v., in fatti, la decisione del *Cons. di Stato, IV sez.*, 22 agosto 1924, nel « Foro it. », 1925, III, c. 2, alla quale appunto lo Zanobini, con lo studio citato, dedicava il suo dissenziente commento).

(2) La tesi più restrittiva, i cui primi autorevoli difensori furono il Lessona, *Limiti della competenza esclusiva delle giurisdizioni amministrative*, nella « Riv. di dir. prov. civ. », 1925, II, pag. 94 segg., e il Jemolo, *Limiti della « giurisdizione esclusiva »*, cit., trova oggi il suo maggiore assertore nel Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., pag. 446 segg.

Anche senza voler discutere i diversi atteggiamenti, che, nel susseguirsi dei suoi pregevoli, se pur contrastanti apporti, la nostra dottrina è venuta assumendo nel grave dibattito (1), è necessario, ai fini dell'indagine che ci occupa, precisare quale sia la posizione, che, nella materia, sembra la più consona ai principi. Ammettiamo in fatti; solo per un momento, che dovesse accettarsi per buona quella opinione, la quale, sul terreno dove presentemente ci si muove, accoglie nella sua più ampia estensione il limite delle questioni riservate alla competenza del giudice amministrativo. A quanto si è visto, essa vorrebbe vedere applicata tale competenza a qualsiasi questione patrimoniale — purchè presentata in via principale e non relativa al risarcimento dei danni —, insorgente tra l'amministrazione e i suoi impiegati. Ora, in non poche delle questioni di tal fatta, non può certo affermarsi che si venga a immediato contatto di una esplicazione, da parte dell'amministrazione, di una potestà pubblica: poichè può trattarsi, a es., del semplice inadempimento, da parte dell'autorità, di un preciso obbligo pecuniario imposto a essa da una legge o da una qualsiasi adeguata fonte (sia pure quella alla quale in modo immediato e diretto si riporta la disciplina del rapporto). Per modo che, accolta la premessa, non si potrebbe non aderire alla conclusione — cui, di recente, attraverso sottili argomentazioni, si è pervenuti in dottrina e in giurisprudenza —, secondo la quale, nei rapporti di carattere paritetico tra l'amministrazione e i suoi impiegati — vale a dire, in tutte le questioni di esclusivo carattere patrimoniale —, si avrebbe un ulteriore caso, in cui il giudice amministrativo potrebbe venir legittimamente adito

---

(1) Oltre agli scritti citati nelle due note precedenti, e a quelli ricordati più sopra, dell'Ascoli, del Salemi, del Coviello, del D'Amelio e del Romano, del Malinverno, del Forti, del Bodda, del Resta, del Fagiolari, del Comba, non pochi altri studi sono stati dedicati all'argomento. Tra essi richiamo specialmente Cammeo, *Gli impiegati degli enti pubblici*, cit., c. 16 segg.; Bozzi, *La competenza esclusiva del Consiglio di Stato e il rapporto di pubblico impiego*, negli *Studi*, cit., *in occ. del cent. del Cons. di Stato*, III, pag. 185 segg. Nelle opere di carattere generale, meritano un particolare ricordo Borsi, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 319 segg.; Vitta, *Diritto amministrativo*, cit., I, pag. 621 segg.; D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino, II, 1939, pag. 448 segg.; Presutti, *Istituzioni*, cit., III, pag. 280 seg., 285 seg., 308 segg.

indipendentemente dall'impugnativa di un atto autoritativo (1). In tutte le controversie di esclusivo carattere patrimoniale con i suoi impiegati — cioè in tutte quelle controversie patrimoniali, le quali non tocchino l'essenza stessa o la disciplina del rapporto d'impiego (come avverrebbe invece, a es., nel caso che l'autorità rifiutasse di concedere un periodico aumento di stipendio, giustificando il proprio operato sulla base della mancanza presso l'impiegato dei requisiti necessari a conseguirlo), ma si riferiscano semplicemente a un diritto patrimoniale, senza che venga chiamato in diretta discussione il titolo dal quale esso ripeta la sua origine (così, p. es., al limite, quando, pur senza alcuna discussione sull'essenza del rapporto, e pur senza contestare il proprio obbligo, l'autorità, per puro inadempimento della sua obbligazione, non paghi lo stipendio, o una indennità) — non potrebbe certo affermarsi che l'amministrazione si presenti nella sua veste autoritativa. Qui essa non è più sul piedistallo, al quale l'ordinamento giuridico la eleva quando si muova nell'esplicazione della sua potestà pubblica. Siamo, in fatti, a contatto di un rapporto di diritti e di obblighi paritari. Ci troviamo cioè di fronte a un rapporto, nell'ambito del quale nessuna delle parti è posta, di fronte all'altra, in una condizione di supremazia o di soggezione. Sarebbe dunque infondato il voler parlare dell'impugnativa di un atto amministrativo (2). E quindi, ammessa l'esattezza degli sviluppi e della conclusione, non potrebbe venir posto in dubbio di trovarsi qui a contatto di una tipica eccezione — da aggiungere a quelle già ricordate — alla regola della inammissibilità di adire il giudice

---

(1) Così Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 27 segg., nonchè la giurisprudenza della sezione da lui presieduta a cominciare dalla decisione del 1 dicembre 1939, e la decisione dell'Adunanza plenaria, più sopra ricordate.

(2) Impropriamente per ciò la giurisprudenza concorde, anteriormente alla più volte ricordata decisione del 1 dicembre 1939, ha parlato a tal proposito di atti amministrativi. È da osservare, tuttavia, come, pur senza rinunciare alla eccessiva dilatazione del concetto di atto amministrativo, cui con le sue applicazioni è pervenuta, essa, in qualche suo pronunciato, non ha mancato di disapplicare, in materia, o, al meno, di applicare con minor rigore, per ragioni di evidente equità, alcuno dei principi più caratteristici e più peculiari, propri dell'impugnativa degli atti amministrativi. Così, per ciò che riguarda i termini di decadenza, sono molto significative la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 27 aprile 1938, nel « Foro amm. », 1938, I, 2, c. 228, e — se bene pronunciata su altro campo della giurisdizione

amministrativo, se non mediante l'impugnativa di un atto d'autorità: con tutte le conseguenze che da ciò derivano (1).

A me non pare che il risultato, cui per tale via si perviene, meriti adesione. E ciò, non perchè la dimostrazione si riveli poco conseguenziale. Se essa va respinta, è piuttosto perchè non pare corretto ed esatto il suo punto di partenza. Non sembra, in fatti, molto rispondente al sistema il concepire estesa oltre un certo limite la sfera di attribuzioni, che il legislatore ha voluto, in materia di pubblico impiego, riservata alla competenza del giudice amministrativo, e sottratta a quella del magistrato ordinario.

Occorre notare come il n. 1 dell'art. 29 del T. U. sul Consiglio di Stato si riferisca ai « ricorsi relativi al rapporto d'impiego », e l'art. 4 del T. U. sulle attribuzioni della G. P. A. in sede giurisdizionale parli dei « ricorsi per questioni derivanti dal rapporto di impiego ». Tali disposizioni, come risulta dalla loro lettera, e come pare sia dato ricavare dallo spirito di tutto il sistema della giurisdizione esclusiva, oltre che dal complesso organico delle norme sulla giustizia amministrativa, intendono sottoporre al giudice amministrativo unicamente quelle questioni, le quali, vuoi direttamente, vuoi al meno implicitamente, portino in discussione, nella sua sussistenza, nella sua essenza, o nella sua disciplina, il rapporto d'impiego (2). Ciò non accade certamente in quelle questioni di

esclusiva, formulata tuttavia in termini generali — quella della *IV sez.*, 27 gennaio 1939, nel « Foro it. », 1939, III, c. 57 (il consueto rigore dei termini di decadenza viene però ancora applicato dalla decisione della *IV sez.*, 8 novembre 1939, cit.). E indubbiamente la riconosciuta inapplicabilità, alla materia in questione, del rigore dei principi formulati dal legislatore in relazione agli atti amministrativi, è un sintomo non scarsamente rilevante del fatto che qui non sempre propriamente si vorrebbe trovare l'atto amministrativo. Contro l'eccessiva estensione del concetto di atto amministrativo, cui in materia è pervenuta la giurisprudenza, oltre gli scrittori citati in nota a pag. 32, si sono pronunciati il Malinverno, *Questioni conseguenziali*, cit., pag. 386, 390, 395 segg., e il Lugifredi, *Competenza esclusiva*, cit., pag. 39.

(1) Tra esse, prima ed essenziale, quella relativa all'applicabilità dei termini di prescrizione o di decadenza. Come è noto, questo è appunto il fondamentale riflesso pratico, che ha dato spunto ed ha alimentato il recente indirizzo giurisprudenziale ispirato alla direttiva segnata dal Fagiolari, e già più volte richiamato.

(2) In tal senso si era già espressa, se bene non molto chiaramente, tuttavia, come a me pare, ben correttamente, la *Corte d'Appello di Napoli*,

esclusivo carattere patrimoniale, le quali costituiscono l'oggetto delle considerazioni che presentemente ci occupano (1). E quindi esse non

---

nella ormai remota decisione del 24 luglio 1925, nel « Foro it. », 1925, I, c. 891. Tra le decisioni più recenti, si veda quella della *Cassaz. Sez. Un.*, 16 marzo 1939, nella « Giur. it. », 1940, I, c. 132. Di fronte al dettato della legge, non pare potersi accogliere l'opinione del SALEMI, *Dell'autorità competente*, cit., pag. 418, secondo la quale sarebbe « del tutto sconosciuta al diritto positivo attuale » una distinzione discriminante delle competenze, « basata sull'esistenza o meno di una disputa sul rapporto di pubblico impiego ». In argomento non sembra priva di rilievo l'ulteriore circostanza che l'art. 30 del T. U. sul Consiglio di Stato, nel definire l'estensione della competenza del giudice esclusivo, dica che questo, nelle materie a esso spettanti, « conosce *anche* di tutte le questioni relative a diritti ». Sembra, in fatti, ben chiaro che quell'*anche* implichi la necessità che le questioni sui diritti soggettivi rivestano carattere meramente accessorio rispetto a quelle che direttamente e immediatamente si presentino all'esame. Occorre, innanzi tutto, che la materia, della quale si disputa, sia « deferita » al giudice amministrativo, perchè questo possa pronunciare *anche* in tema di diritti (sul punto v. pure JEMOLO, *Limiti della « giurisdizione esclusiva »*, cit., pag. 117). Non meno decisivo sembra, in fine, il ricordare come il carattere di necessaria accessorietà che il diritto deve rivestire di fronte all'interesse legittimo, perchè su esso possa pronunciare il giudice amministrativo, risulti evidente da quel passo della Relazione al Re, dove si afferma che « gli organi della giustizia amministrativa decideranno tutte le questioni di diritto *relative al ricorso*, siano esse pregiudiziali, incidentali o *principali* ». Da esso, in fatti, si ricava che non può portarsi innanzi al giudice amministrativo, in via principale, una questione relativa a diritti; ma che può discutersi in via principale di un diritto, semplicemente quando si tratti di questione *relativa al ricorso*. Il che significa che il ricorso non può, per sè stesso, mai vertere esclusivamente su un diritto. Sul carattere di accessorietà che il diritto deve presentare, perchè la competenza rimanga al giudice amministrativo, insiste, in modo particolarmente efficace, l'ASCOLI, *Limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., c. 434 segg.

(1) Il caso ricorre invece tutte quelle volte, in cui, come più sopra è stato avvertito, pur venendo in esame una questione patrimoniale, questa trovi la sua immediata ragion d'essere in una disputa circa la sostanza o la disciplina del rapporto stesso, per modo che, con lo stesso portare in campo la prima, si tiri direttamente — e in primo piano — in ballo la seconda. Così, p. es., quando un impiegato chieda un'indennità di licenziamento, che l'amministrazione gli contesti per essersi egli allontanato dal servizio adducendo motivi di salute e non uniformandosi alle disposizioni per tale ipotesi fissate dalla legge (*Cons. di Stato, V sez.*, 12 aprile 1940,

possono venir considerate sottratte al magistrato ordinario (1). Basti a tal proposito considerare, in primo luogo, che la giurisdizione esclusiva venne instaurata col fine precipuo di affidare a un giudice unico la soluzione di quelle questioni, nelle quali troppo intricata apparisse la connessione tra diritti e interessi legittimi: cosa che certo è da escludere nel caso in esame. E basti inoltre por mente come una deroga al generale principio della necessità di impugnare innanzi ai giudici amministrativi un atto d'autorità non potrebbe, rivestendo carattere eccezionale, ammettersi fuori del caso di una manifesta disposizione legislativa in tale senso (2).

---

nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 307); quando un impiegato chieda che gli vengano corrisposti dall'amministrazione certi determinati assegni, adducendo, a sostegno della propria pretesa, l'obbligo, non rispettato dall'amministrazione, al suo trasferimento di ruolo (*Cons. di Stato, V sez.*, 30 dicembre 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, pag. 157).

(1) Precisati questi concetti, occorre però subito porre in evidenza come — fuori dell'ipotesi delle controversie sul risarcimento dei danni — le questioni di carattere puramente patrimoniale derivanti dal rapporto d'impiego non possono veramente esser tante, e certo non sono frequenti. Ogni volta, in fatti, che una questione patrimoniale trovi il suo fondamento, come si è detto, immediatamente o anche mediatamente, nella disciplina del rapporto d'impiego, per ciò stesso non è più una questione di mero carattere patrimoniale. Rientrano dunque nella categoria esclusivamente quelle questioni, le quali, pur presupponendo necessariamente l'esistenza del rapporto d'impiego, non ne portino tuttavia, vuoi direttamente, vuoi indirettamente, in questione nulla, nè della sua essenza, nè della sua disciplina. Tale ipotesi si verifica appunto nel caso, già ricordato, che la pubblica amministrazione, per mera trascuratezza nell'adempimento del suo obbligo, non provveda al pagamento di uno stipendio, o di una indennità, o nel caso che rifiuti il pagamento adducendo ragioni estranee al rapporto d'impiego — quali, p. es., la mancanza di fondi, o il diritto a compensare il proprio debito con un credito vantato nei confronti dell'impiegato (cfr., in argomento, la recente decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 19 luglio 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 496) —. E bisogna effettivamente convenire che l'ipotesi è tutt'altro che frequente. Su questo punto merita dunque molto seguito — anche se, forse, non incondizionato — l'acuta nota del Bodda, *Intorno ad un recente indirizzo*, cit.

(2) Come già è stato posto in evidenza più sopra, non merita credito la recente affermazione del *Cons. di Stato, Ad. plen.*, 18 dicembre 1940, la quale, nel sostenere la non applicabilità al contenuto degli art. 29 e 30 del T. U. sul Consiglio di Stato, del principio generale sancito nell'art. 26, vorrebbe — fuori di una espressa deroga, e di ogni plausibile fondamento —

Nell'assunto conforta, del resto, non meno validamente, un altro argomento.

L'art. 30, cpv., del T. U. sul Consiglio di Stato, e l'art. 5, cpv., del T. U. sulle attribuzioni della G.P.A. in sede giurisdizionale, dispongono che tutte le questioni attinenti a diritti patrimoniali, conseguenziali alla pronuncia di validità del provvedimento contro cui si ricorre, vanno conservate alla competenza del giudice ordinario. Giustamente gran parte della dottrina e la giurisprudenza concorde limitano le così dette questioni attinenti a diritti patrimoniali conseguenziali, come tali sottratte al giudice amministrativo, alle sole questioni circa la risarcibilità del danno (1). In fatti, fuori di tal caso sarebbe impossibile raffigurare altre ipotesi. Ciò non toglie tuttavia che dalla regola della incompetenza del magistrato amministrativo a giudicare delle questioni patrimoniali conseguenziali, formulata dal legislatore in termini generali, possa e debba ricavarsi un serio argomento in favore della mancanza di ogni competenza dello stesso giudice a decidere delle questioni di carattere meramente patrimoniale, aventi titolo da un rapporto di pubblico impiego, e presentate addirittura in via principale. Posto, in fatti, che il legislatore, in relazione a questioni di tal genere, ha voluto escludere la competenza del giudice amministrativo, pur quando si presentassero come strettamente conseguenziali all'esame del rapporto pubblicistico

---

escludere nel caso specifico l'applicabilità di un principio evidentemente formulato in modo generale, in relazione a tutto il corpo delle leggi sulla giustizia amministrativa. Se, nell'instaurare la così detta giurisdizione esclusiva, avesse voluto per essa escludere l'applicazione di tale principio, il legislatore — dato che quelle relative alla giurisdizione esclusiva erano delle norme nuove, le quali venivano a inserirsi in un sistema in vigore da decenni — avrebbe dovuto farlo espressamente. E, non avendolo fatto, ha chiaramente dimostrato di non voler procedere ad alcuna deroga dei principi generali del sistema.

(1) In tal senso cito, per tutti, Zanobini, *Le materie di esclusiva giurisdizione*, cit., c. 3, *Corso*, cit., II, pag. 275 seg., il quale fu il formulatore del punto di vista che poi ha incontrato, sopra tutto nella prassi, sì larga fortuna; e, da ultimo, Stumpo, *In tema di diritti patrimoniali conseguenziali*, cit. Il più strenuo e autorevole assertore della tesi contraria è il Ranelletti, *La giurisdizione competente*, cit., c. 97 seg. e nota 8 ivi, al quale rinvio per i richiami di dottrina anteriore. Tra i più recenti, si esprimono in senso contrario alle tesi dello Zanobini, Bodda, *Regolamenti comunali*, cit., c. 49; Resta, *La competenza esclusiva*, cit., c. 9 seg. Per la giurisprudenza, v. citazioni *supra*, *sub* nota 2.

che presuppongono, argomentando *a minori ad majus* bisogna concludere che sarebbe ben contrario ai principi considerare lo stesso magistrato competente a giudicare di esse, quando venissero addirittura presentate in via principale (1).

---

(1) Già lo ZANOBINI, *Le materie di esclusiva giurisdizione*, cit., c. 3 seg., si è prospettata l'importanza che un'obbiezione di tal genere può avere contro la tesi da lui sostenuta. Ma ha cercato di superarla mediante un molteplice ordine di argomenti, i quali sono stati talvolta autorevolmente ripresi (v., p. es., CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici*, cit., nota 35 a c. 24). Essi però, tutti, sono da respingere. È da scartare il primo, secondo il quale, ammettendo la competenza del giudice ordinario a decidere delle questioni patrimoniali presentate in via principale, si verrebbe, contro le regole dell'ermeneutica, ad allargare il numero di quelle eccezioni alla competenza esclusiva, che invece il legislatore avrebbe voluto limitate, in materia, alle sole questioni conseguenziali: perchè, a prescindere dall'obbiezione formulata allo stesso proposito dal RESTA, *La competenza esclusiva*, cit., c. 6 seg., è facile osservare come qui non si tenta di applicare alcuna interpretazione analogica, ma si cerca semplicemente di ricavare dal sistema quale sia la regolamentazione che il legislatore ha inteso fissare: e il legislatore, se si è proposto di affidare a un giudice esclusivo tutte quelle questioni, nelle quali potesse sorgere un inestricabile intreccio tra interessi e diritti, appunto e solo per ciò ha inteso precisare, a scanso di equivoci, che allo stesso giudice non intendeva affidare anche le questioni patrimoniali conseguenziali nascenti dalle decisioni delle questioni del genere: e non ha certo voluto fare tale dichiarazione al fine di precisare l'unica possibile eccezione, in cui una questione patrimoniale risultasse sottratta al giudice esclusivo. È da criticare il secondo, ai termini del quale, dalla presenza di quei casi (più sopra presi in esame), in cui la legge deroga alla regola della necessaria impugnativa di un atto amministrativo, si vorrebbe ricavare una prova a favore della generale ammissibilità dell'esame, da parte di tale giudice, delle questioni patrimoniali presentate in via principale: perchè quei casi costituiscono delle autentiche eccezioni, espressamente previste dal legislatore, e la cui estensione sarebbe veramente contro i principî. È privo di valore probante il terzo, il quale, dalla circostanza che nella legge sia esclusa la competenza del giudice amministrativo su alcune delle questioni patrimoniali che invece il progetto originario gli riconosceva, vorrebbe dedurre che sia questa l'unica sottrazione di questioni patrimoniali, che il legislatore avrebbe voluto compiere nei riguardi di quel giudice: perchè, anche a voler escludere che un argomento di tal genere sia suscettibile di provare proprio il contrario (così LESSONA, *Limiti alla competenza esclusiva*, cit., pag. 99), bisogna comunque concludere che esso certo non è in grado di provare assolutamente nulla

Resta per tal modo ribadito il principio che, oltre quelle ricavabili dal n. 4 dell'art. 27 e dai n. 4, 5 e 7 dell'art. 29 del T. U. sul Consiglio di Stato, non possono venir riconosciute altre eccezioni alla regola, secondo cui, nelle materie di sua competenza, il giudice amministrativo non può venir adito se non mediante l'impugnativa di un atto amministrativo.

Quelli ricavabili dalle norme citate sono dunque i soli casi, in ordine ai quali un problema relativo alle eventuali limitazioni, derivanti dalla forma dell'atto, alla sua impugnabilità innanzi al giudice amministrativo, non abbia ragione di venir posto.

---

in favore della tesi per cui lo si vorrebbe impiegare (in tal senso, v. anche SALEMI, *Dell'autorità competente*, cit. pag. 416 seg.). È scarsamente convincente, in fine, l'ultimo, il quale, dalla circostanza che il legislatore ha espressamente escluso la competenza del giudice amministrativo quando vengono in questione delle materie spettanti alla giurisdizione della Corte dei Conti o a quella di altri corpi o collegi speciali, vorrebbe desumere che, siccome il legislatore ha, per tali giudici, sentito il bisogno di un espresso riferimento, non avrebbe inteso invece concepire alcuna eccezione alla competenza integrale del giudice amministrativo in quelle materie, in cui la questione sarebbe normalmente spettata al giudice ordinario: perchè l'espresso riferimento alle magistrature speciali era indispensabile quando a queste e non anche al magistrato ordinario si doveva, all'atto dell'istituzione della giurisdizione esclusiva, conservare un potere in materia di « ricorsi relativi al rapporto d'impiego » (e si è visto il valore che alla formula va attribuito) a esse già appartenente. Il punto di vista accolto nel testo non ha mancato di incontrare talvolta, nella giurisprudenza e nella dottrina, favorevole accoglienza, anche se non sempre ha trovato adeguata giustificazione. Cfr., in fatti, oltre la decisione della Corte d'Appello di Roma ricordata dal JEMOLO, *Limiti della « giurisdizione esclusiva »*, cit., pag. 117, lo stesso JEMOLO, *loc. cit.*; RANELLETTI, *La giurisdizione competente*, cit., c. 98; e, in via dubitativa, CAMMEO, *op. cit.*, nota 35 a c. 24. A conclusioni sostanzialmente analoghe perviene, per altra via, il LESSONA, *op. cit.*, pag. 100 segg.

Capo Secondo

1. **Le disposizioni legislative dalle quali potrebbe volersi ricavare un fondamento alla non impugnabilità degli atti amministrativi non scritti.**
2. **Analisi critica di tali disposizioni, in relazione alle conseguenze che da esse vorrebbero ricavarsi: *a*) le norme relative alla notificazione del provvedimento che si impugna;**
3. ***b*) le norme che dispongono il deposito, in copia, del provvedimento che si impugna;**
4. ***c*) le norme che qualificano il giudice amministrativo come giudice di annullamento.**

---

1. - È ora tempo di passare ad affrontare in modo diretto il problema che forma oggetto del presente studio.

Al fine di determinare se e quando esistano, e quali siano i limiti, che alla possibilità di impugnare, innanzi ai giudici amministrativi, un atto amministrativo, eventualmente derivino dalla forma della quale questo risulti rivestito, è essenziale prendere in esame quelle disposizioni, dalle quali potrebbe comunque ritenersi di dover ricavare un fondamento a limitazioni del genere.

A tal proposito, è opportuno però, fin dal principio, porre in evidenza come delle limitazioni di tal fatta non siano in alcun modo riscontrabili presso quelle norme, le quali in via generale determinano l'ampiezza e i confini della sfera alla quale si estende la potestà del giudice amministrativo (1). Anzi, la formula di quella norma fondamentale del sistema della nostra giustizia amministrativa, la quale in via generale determina la sfera d'azione di tale giudice (2), è, in relazione al punto che qui interessa, così ampia, che non pare nemmeno lontanamente possibile fondare su essa alcun dubbio. In essa, in fatti, ci si riferisce, per considerarli suscettibili d'impugnativa innanzi agli organi della giustizia amministrativa, indifferentemente, e senza restrizione di sorta — esplicite o implicite —, a tutti gli «atti e prov-

---

(1) Tali sono gli art. 26-34 del T. U. sul Consiglio di Stato, e gli art. 1-6 del T. U. sulle attribuzioni della G. P. A. in sede giurisdizionale.

(2) Art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato. Analoga disposizione manca nel T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisdiz., non essendo la G. P. A. dotata, al pari del Consiglio di Stato, di una competenza generale di legittimità.

vedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante» (1). Si tratta, dunque, di una formula ben ampia, la quale — come pare sia dato ricavare anche dalla circostanza che, quasi per una maggiore generalizzazione, parla di «atti e provvedimenti» — non sembra contenere, nè presupporre, limitazioni di alcun genere. Ed è ben logico che sia così, sol che si pensi che scopo della riforma della giustizia amministrativa, attuata nel 1889-90, fu quello di dare un giudice agli affari amministrativi che non l'avevano.

Se realmente esistono delle disposizioni, le quali sembrano autorizzare a porsi un problema relativo alla presenza di limitazioni del genere di quelle di cui qui si discorre, esse ricorrono invece in seno a quelle norme, le quali disciplinano il sistema tecnico, che regola l'azione dei giudici di cui ci si occupa.

Quali sono tali disposizioni? Non è difficile rintracciarle: anche perchè la dottrina appunto a esse suole espressamente riferirsi (2). L'art. 36 del T. U. sul Consiglio di Stato, al 1. comma, nel fissare i termini, trascorsi i quali si decade dalla facoltà di ricorrere, li fa decorrere — e il principio è comune alla giurisdizione della G. P. A. (art. 7, cpv., del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd.) — dalla data in cui «la decisione amministrativa sia stata notificata». Al 3. cpv. lo stesso articolo — non difformemente dall'art. 8 del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd. — esige che, a pena di decadenza (4. cpv.), insieme con l'originale ricorso venga «depositato» nella segreteria del giudice adito l'«atto o provvedimento impugnato». E l'art. 45 dello stesso T. U. — non difformemente dall'art. 17, 2. cpv., del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd. — stabilisce che, quando il giudice ritenga fondato nel merito il ricorso, «annulla l'atto o provvedimento». Inoltre gli art. 1-4 del regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato fanno tutti riferimento alla notificazione dell'atto da impugnare, la quale di norma va eseguita mediante la consegna o trasmissione di una «copia» di esso all'interessato (art. 3), che ne rilascia «ricevuta» (art. 4); l'art. 6, n. 2, esige che la data

---

(1) Cade qui opportuno ricordare come, fin dai tempi ormai remoti, in cui per la prima volta il MERLIN, nella quarta edizione del *Répertoire* del GUYOT (1812), definì l'atto amministrativo, sotto tale nome venne compreso non solo ogni «pronunzia» e ogni «decisione» dell'autorità amministrativa, ma anche ogni «azione» e ogni «fatto» dell'amministrazione.

(2) V. specialmente ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 221 seg. V. inoltre FAGIOLARI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 11.

di tale notificazione venga indicata nel ricorso; e l'art. 18 stabilisce che l'atto di notificazione venga depositato presso la segreteria della sezione che giudicherà il ricorso (cfr. gli analoghi art. 5-7, 9, n. 2, 20 del reg. di proc. davanti alla G. P. A. in sede giurisd.). In fine, l'art. 19 dello stesso regolamento fu espresso riferimento al «deposito del provvedimento», prevedendo le conseguenze che deriverano dalla sua mancanza, e lasciando intendere che esso va compiuto a mezzo di una «copia» (cfr. l'analogo art. 21 del reg. di proc. davanti alla G. P. A. in sede giurisd.).

Tali sono le norme, le quali più o meno esplicitamente sono state considerate come contenenti delle regole, che potrebbero implicare delle limitazioni alla possibilità di impugnare, innanzi ai giudici amministrativi, un atto posto in essere dall'autorità non in una certa specifica forma, e precisamente non in forma scritta. È ora il caso di considerare quale e quanto fondamento di vero sia dato riscontrare in illazioni di tal genere, al fine di determinare se in esse bisogni effettivamente riconoscere un ostacolo all'impugnabilità giurisdizionale degli atti posti in essere dall'amministrazione in forma orale, sotto forma di mera operazione o addirittura tacitamente.

2. - Tra le disposizioni che si sono riferite, vanno considerate come le meno decisive, in ordine alle conseguenze che se ne vorrebbero ricavare, quelle relative alla necessità della notificazione all'interessato del provvedimento che viene in questione.

È indubbiamente vero, in fatti, che una notifica formale, del genere di quella cui si riferiscono le norme che qui si considerano, presuppone, come con formula poco corretta ma molto usuale si suol dire, un provvedimento formale (1), o, meglio, un atto scritto. Ma non bisogna, per altro, trascurare di tener presente che questo ostacolo, apparentemente insormontabile, all'impugnazione giurisdizionale degli atti non scritti, viene superato dalla stessa legge, la quale equipara perfettamente alla notifica del provvedimento la circostanza che l'interessato abbia comunque «avuto piena cognizione» di esso (art. 36 del T. U. sul Cons. di Stato; art. 7, cpv., del T. U. sulle attrib.

(1) In tal senso l'espressione «atto formale» o «provvedimento formale» viene comunemente impiegata in giurisprudenza e in dottrina (cfr., p. es., ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 221 seg.; FRAGOLA, *La dichiarazione tacita*, cit., pag. 58). Sul corretto significato che all'espressione va dogmaticamente dato, v. invece *infra*.

della G. P. A. in sede giurisd.) (1). E tale circostanza può egualmente ricorrere, tanto se venga in questione un provvedimento di carattere più formale, quanto se venga in questione un provvedimento di carattere meno formale. Comunque estrinsecatosi, in fatti, qualsiasi provvedimento, come del resto qualsiasi avvenimento del mondo esterno, è suscettibile di cognizione da parte dell'uomo.

Di ben maggior peso sono invece gli argomenti, che, in favore della tesi che si esamina, si vorrebbero ricavare da quelle disposizioni, le quali esigono il deposito del provvedimento impugnato, e da quelle, le quali sanciscono il principio che il contenzioso amministrativo è contenzioso di annullamento.

3. - Il principio, che, a pena di decadenza dal ricorso, entro il termine fissato dalla legge, sia necessario il deposito, presso la segreteria del giudice amministrativo, del provvedimento impugnato, ha trovato e trova sempre nella giurisprudenza rigorosa applicazione (2). Si tratta di una decadenza comminata espressamente dal legislatore (art. 36, 4. cpv., del T. U. sul Cons. di Stato; art. 8 del T. U. sulle

---

(1) In argomento si vedano le decisioni del *Cons. di Stato, IV sez.*, 9 febbraio 1935, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1935, II, pag. 179; *V sez.*, 16 giugno 1933, nel « Foro amm. », 1933, I, 2, c. 181; 18 ottobre 1935, nella « Riv. dir. pubbl. », 1936, II, pag. 12; 10 febbraio 1939, *ivi*, 1939, II, pag. 209. Importante è in proposito la decisione della *IV sez.*, 26 luglio 1938, *ivi*, 1938, II, pag. 666, nella quale si afferma che la notifica verbale dell'atto non può equivalere alla piena e integrale conoscenza di esso.

(2) Si veda, a es., la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 14 settembre 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1935, II, pag. 643, e ivi ulteriori richiami; v., inoltre, *V sez.*, 22 ottobre 1935, nel « Foro it. », 1936, III, c. 56; *IV sez.*, 22 febbraio 1938, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1938, II, pag. 266; 21 dicembre 1938, *ivi*, 1939, II, pag. 68; *V sez.*, 19 aprile 1940, *ivi*, II, pag. 357. Una eccezione, unica più che rara, è costituita, nella prassi, dalla decisione della *V sez.*, 13 agosto 1930, nel « Foro amm. », 1930, I, *2*, c. 299, la quale, in un caso in cui il magistrato aveva, per altra via — e cioè attraverso la documentazione avversaria —, ugualmente avuto nozione degli estremi dell'atto impugnato, ritenne non potersi far luogo alla decadenza, sulla considerazione che questa viene collegata dal legislatore al mancato deposito del provvedimento, non al fine di punire il ricorrente, ma al solo fine di garantire ulteriormente la migliore e più sollecita funzione del giudice. Il criterio non appare però accoglibile, perchè risulta in netto e insanabile contrasto col diritto positivo, il quale esige il deposito *in termini* di un *documento*

attrib. della G. P. A. in sede giurisd.) (1), la quale ha ben logica e ampia giustificazione nella circostanza che l'azione del giudice amministrativo viene a esplicarsi mediante un controllo diretto *sull'atto* che si impugna, e nella considerazione che è per ciò necessario che appunto *l'atto,* nei suoi elementi e nella sua essenza, venga direttamente ed espressamente sottoposto dall'interessato all'esame del giudice (2).

È fuori discussione però — e viene universalmente riconosciuto — che non molto propriamente il legislatore abbia parlato a tal proposito di un «deposito del provvedimento». Come risulta, in fatti, dal regolamento di procedura (art. 3 e 19 del reg. di proc. dinanzi alle sez. giurisd. del Cons. di Stato; art. 6 e 21 del reg. di proc. davanti alla G. P. A. in sede giurisd.), è invece sufficiente — ed è naturale — il deposito di una copia di esso. E anzi non si manca frequentemente di ammettere qualche temperamento al rigore della lettera legislativa, col riconoscere addirittura la possibilità di depositare, in luogo di una sua copia, il semplice documento ufficiale — sempre che esso contenga, naturalmente, tutti gli estremi essenziali a mettere il giudice in grado di esaminare i motivi del ri-

---

autentico. Non appare invece in conflitto coi principî la decisione del *Cons. di Stato, IV sez.*, 25 marzo 1927, nel «Foro amm.», 1927, I, *1*, c. 249, la quale ritenne irrilevante il mancato deposito del provvedimento impugnato con un ricorso che si riferisca ad altro precedente gravame — sì da ritenersi con esso unico gravame —, e che si richiami al deposito con tale precedente ricorso già eseguito.

(1) Di fronte al chiaro dettato legislativo, non può venir accolta la tesi del Resta, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932, pag. 115 segg., il quale vorrebbe trarre argomenti contro l'assolutezza di tale rigida regola, oltre che dalla larghezza con cui la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di depositare il semplice documento di comunicazione del provvedimento, e dal ragionamento di quell'anomala pronuncia, che, contro ogni principio, ha addirittura ammesso la possibilità di fare a meno del deposito (v. nota prec.), principalmente — e la tesi era già stata prospettata dal Montagna — da quell'art. 19 del reg. di proc. innanzi alle sez. giurisd. del Cons. di Stato, il quale, sia per esser compreso in un regolamento e non in un atto avente valore formale di legge, sia per contenere un principio di carattere eccezionale, formulato per un caso specifico, mal potrebbe venir invocato al fine di ricavarne un criterio di portata generale.

(2) In argomento è qui opportuno richiamare i concetti svolti nel cap. I, specialmente *sub* § 1.

corso (1) —, mediante il quale il provvedimento sia stato portato a conoscenza del destinatario (2).

Un punto sul quale pare lecito avanzare delle serie riserve, è tuttavia che la norma, la quale richiede il deposito di una copia del provvedimento che si impugna, possa venir interpretata — come pare si sia proclivi a fare — nel senso che, quando il provvedimento, che tocchi un interesse protetto innanzi al giudice amministrativo, non sia, causa la sua struttura formale, suscettibile di venir tradotto in copia, e quindi depositato in copia, debba negarsi la sua impugnabilità giurisdizionale (3). Di una copia, come è facile comprendere, sono suscettibili unicamente quei provvedimenti, i quali si esprimono nella forma scritta (4). E, se si dovesse dare per esatto il principio cui or ora ci si riferiva, si avrebbe in ciò realmente un serio argomento in favore della tesi, secondo cui l'atto amministrativo non sarebbe suscettibile di impugnativa, se non quando si presentasse redatto in forma scritta.

Qui — come sempre sul terreno dove presentemente ci si muove — è essenziale prender le mosse dalla considerazione, di fondamentale rilievo, che lo scopo, cui con la riforma del 1889 il legislatore mirò, nell'istituire un giudice competente a decidere quelle questioni tra l'amministrazione e il cittadino, nelle quali a quest'ultimo non venissero riconosciuti se non degli interessi legittimi, fu — come può rendersi facilmente conto chi consideri il

---

(1) V., in tal senso, in tono particolarmente esplicito, da ultimo, la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 16 luglio 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 510, la quale ha pronunciato la decadenza dal ricorso in un caso, in cui era stato depositato un atto di comunicazione, dal quale non risultavano tutti gli estremi del provvedimento impugnato, cui si riferivano i motivi del ricorso.

(2) Si vedano, p. es., le decisioni del *Cons. di Stato, IV sez.*, 6 luglio 1935, nel « Foro amm. », 1935, I, *1*, c. 318; 9 maggio 1936, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1936, II, pag. 488; 14 dicembre 1937, *ivi*, 1938, II, pag. 98; *V sez.*, 2 maggio 1939, *ivi*, 1939, II, pag. 389; 18 maggio 1940, *ivi*, 1940, II, pag. 423.

(3) La tesi è stata già sostenuta — ma limitatamente ai casi d'inazione dell'amministrazione — dal MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, negli *Scritti*, cit., *in occasione del cent. del Cons. di Stato*, II, pag. 414 segg., e dal RESTA, *Il silenzio*, cit., pag. 115 segg. Ma il loro punto di vista è stato già criticato *sub* nota 1 alla pag. prec.

(4) Cfr. *Cons. di Stato, V sez.*, 27 novembre 1914, nella « Giur. it. », 1915, III, c. 127.

movimento che alla riforma condusse (1) — quello di creare un giudice per quegli affari di diritto amministrativo, che prima non l'avevano. Per conseguire tale fine, venne a questo giudice accordato il potere di sindacare l'operato delle autorità amministrative, mediante un'azione immediatamente rivolta alla revisione del loro atti. La norma, nella quale il principio venne sancito, trasmessa tralaticiamente fino al testo unico oggi vigente, è, come si è visto, di portata generale. L'art. 26 del T.U. sul Consiglio di Stato traduce, in fatti, rettamente, quello che fu il suo principio ispiratore, di non lasciare, di massima, fuori del sistema delle garanzie giurisdizionali, alcun atto della pubblica autorità (2). Dove manchi una disposizione, la quale manifestamente intenda derogarvi, non si può per ciò formulare alcuna eccezione al principio in esso contenuto.

Quando, prese le mosse da tale premessa, si passi a considerare se la impossibilità che di un certo atto, causa la sua struttura formale, venga redatta una copia, e la conseguente impossibilità che una sua copia venga depositata presso la segreteria dell'autorità competente a giudicare di esso, siano in grado di rappresentare una adeguata ragione di deroga a quel generale principio, secondo il quale ogni atto della pubblica amministrazione è soggetto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, certo non si può, prima di rispondere affermativamente, non restare parecchio perplessi. E, avanti di formulare una risposta, la quale a prima vista pare rivelarsi ben grave, non si può, nè si deve, fare a meno di chiedersi quale intento il legislatore si sia proposto con l'esigere il deposito di una copia del provvedimento da impugnare, e — ciò che ai nostri fini più preme — se all'integrale e più rigorosa osservanza della norma così formulata abbia inteso sacrificare e posporre persino l'attuazione di quel principio generale, il quale sancisce la soggezione di ogni atto amministrativo al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (3).

---

(1) Vedilo chiaramente svolto presso ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 47 segg.

(2) Sull'ampiezza che al concetto di atto amministrativo va riconosciuta, si ricordi quanto venne notato *supra*, *sub* nota 1 a pag. 51.

(3) Tale via è stata battuta, di recente, — in relazione a una fattispecie privatistica, in cui bisognava « trarre al libero respiro una realtà più vitale, il cui sacrificio alla lettera dei codici » non appariva « nè saggio, nè ragionevole » — nell'interessante studio del BARBERO, *A proposito della forma degli atti giuridici*, in « Jus », 1940, pag. 441 segg.: e qui non è a discutere con quanta proprietà. Che essa venga seguita nel caso in esame, ap-

La *ratio*, che spinse il legislatore a esigere che dell'atto amministrativo impugnato venisse depositata una copia presso la segreteria del magistrato che di esso avrebbe dovuto giudicare, logicamente non fu altra, che quella di far sì che il giudice avesse piena nozione del provvedimento, della cui rispondenza ai principi avrebbe dovuto pronunciare. Non si tratta cioè di una ragione sostanziale, destinata a far sì che l'atto, il quale fosse insuscettibile di venir depositato in copia, e cioè l'atto non scritto, non fosse passibile di impugnativa.

Non per ciò bisogna tuttavia ritenere che qui si venga a contatto di una norma derogabile. Nel caso, in fatti, che il deposito in questione non sia avvenuto, il legislatore commina rigorosamente, come si è visto, la decadenza dal ricorso (1).

Piuttosto è necessario chiedersi se, dalla più fedele analisi dell'intento, che con la disposizione in esame il legislatore volle realizzare, non sia dato ricavare qualche moderazione — quale che ne sia la portata — della sua interpretazione più letterale, la quale manifestamente urta contro quel fondamentale principio della nostra giustizia amministrativa — contenuto, per giunta, nel medesimo corpo legislativo —, col quale l'ordinamento intese che, di norma, nessuno degli atti amministrativi sfuggisse al sindacato dei giudici a tal fine preposti. Se, come si è visto, l'art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato contiene la norma fondamentale della materia, e se è vero che alla norma relativa al deposito di una copia del provvedimento che si impugna non può, pel suo stesso carattere e per la sua stessa funzione secondaria e strumentale, venir riconosciuto valore derogatorio rispetto all'altra (di guisa che non è da ricavare dall'essenza e dal contenuto di essa un intento di limitare la sfera d'azione di quella), non pare a dubitare dell'opportunità di riconoscere la possibilità di non interpretare nel più rigoroso dei modi la formula, che esige il deposito di una copia del provvedimento

---

parirà, a ogni modo, tanto meno discutibile, quando si consideri che qui la norma sacrificata ha carattere meramente regolamentare, e che per giunta — come verrà illustrato più avanti — non risulta perfettamente consona al contenuto della legge formale, in applicazione della quale venne formulata.

(1) Cfr. l'art. 36 del T. U. sul Cons. di Stato, e l'art. 8 del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd. È per ciò da ritenere inesatta la decisione del *Cons. di Stato*, *IV sez.*, 21 dicembre 1938, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 68, là dove parla addirittura di inammissibilità del ricorso a causa del mancato deposito del provvedimento impugnato.

da impugnare. Non sembrano per ciò esistere delle sostanziali ragioni contro l'ammissibilità di equipollenti giuridici della copia (1), tutte quelle volte che, pur essendo, a causa della struttura formale dell'atto, inconcepibile una sua copia, esista tuttavia la possibilità di elementi giuridici, i quali esplichino una funzione non diversa da quella che la copia, in quei casi nei quali è possibile, viene chiamata a svolgere (2).

---

(1) Di « equipollenti » parla, allo stesso proposito, ma in senso più circoscritto, la decisione del *Cons. di Stato, IV sez.*, 2 febbraio 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1935, II, pag. 178.

(2) Qui non ci si intende riferire a quei casi, in cui il legislatore, prevedendo l'ipotesi che l'autorità, cui tocchi rilasciarla, rifiuti al richiedente la copia del provvedimento emesso, considera sufficiente il deposito del verbale, dal quale un ufficiale giudiziario faccia constare tale rifiuto (cfr. l'art. 19 del reg. di proc. dinanzi alle sez. giurisd. del Cons. di Stato, e l'art. 21 del reg. di proc. dinanzi alla G. P. A. in sede giurisd.); nè a quei casi, molto numerosi, in cui, di fronte al così detto silenzio rifiuto dell'amministrazione, la giurisprudenza, esplicitamente o implicitamente, è passata sopra alla necessità del deposito del provvedimento, contentandosi, al più, del deposito del verbale d'interpellanza dell'ufficiale giudiziario, rivolto a mettere in mora l'amministrazione (sul problema del silenzio, in genere, v. *infra*, cap. III, § 3); nè, ancor meno, a quei casi, ben frequenti, nei quali la stessa giurisprudenza ha riconosciuto sufficiente il deposito del documento mediante il quale il provvedimento impugnato venne comunicato all'interessato (v. la giurisprudenza richiamata *sub* nota 2 a pag. 55), o il deposito di un estratto autentico del provvedimento impugnato (cfr., p. es., *Cons. di Stato, V sez.*, 18 novembre 1936, nel « Foro it. », 1937, III, c. 56). In quest'ultima ipotesi non si riscontra, se non l'impiego di una certa larghezza e di una rilevante tolleranza nell'interpretazione della formula « deposito del provvedimento », enunciata dal legislatore: ma non si viene certo a contatto di casi, nei quali una copia del provvedimento sia, per la struttura formale di questo, impossibile. Altrettanto dicasi per la prima ipotesi, dove, se non viene depositata una copia del provvedimento impugnato, è solo perchè l'autorità si è rifiutata di rilasciarla: ed è quindi equo che il cittadino non rimanga, a causa di un'illegalità del pubblico potere, privato della possibilità del gravame. Nella seconda ipotesi invece si viene realmente a contatto di un comportamento dell'amministrazione, il quale non è suscettibile, causa la sua struttura formale, di una copia; e non lo è, in quanto consiste in una mera inazione: si tratta però di un caso particolarissimo, la cui speciale disciplina, recentemente formulata dal legislatore (art. 5 del T. U. com. e prov.), difficilmente può venir invocata come espressione di un principio unitario, a sussidio di interpretazioni comunque estensive, al

Non può certo venir contestato che ben esplicitamente la norma, nel riferirsi al deposito di cui presentemente ci si occupa, parli in modo inequivocabile di una « copia » del provvedimento. Come, del resto, non può venir contestato che non poche delle disposizioni in materia di giustizia amministrativa sono state dettate in esclusivo riferimento ai provvedimenti emessi in forma scritta, e cioè sul presupposto che dovessero venire in considerazione degli atti scritti (1): quasi che l'atto amministrativo non potesse estrinsecarsi in forma diversa. Ma da questo ad affermare che solo per ciò il legislatore abbia inteso sottoporre al sindacato del giudice amministrativo unicamente gli atti scritti, ce ne corre. Per convincersene basta ripensare sempre all'ampia formula espressa dall'art. 26 del T. U. sul Consiglio di Stato. Quando, dalla formulazione generale del principio, il legislatore passò poi a dettare le singole disposizioni, fu spesso portato a riferirsi agli atti amministrativi, come se si trattasse sempre e soltanto di atti scritti. E l'improprietà si spiega facilmente, anche se non si giustifica, quando si consideri che la forma normale, attraverso la quale l'autorità pubblica si esprime, è appunto lo scritto. Non per questo sarebbe però esatto ritenere che il legislatore in tal modo abbia inteso fissare una limitazione al campo d'azione del giudice amministrativo. In fatti, al meno fin quando si tratta di disposizioni del genere di quella che qui stiamo esaminando, il voler far derivare da una tale premessa una così grave conseguenza, significherebbe voler poggiare su basi ben scarsamente convincenti la restrizione di una regola fondamentale di portata generale.

È questo il fondamento *ex ratione legis*, il quale consiglia a non considerare senz'altro inoppugnabile, innanzi ai tribunali amministrativi, ogni atto amministrativo non scritto, soltanto perchè l'atto non scritto è insuscettibile di venir depositato in copia presso la segreteria del giudice competente.

---

meno fin quando non si sia adeguatamente inserito e spiegato il fenomeno a essa relativo nel quadro generale del sistema (su di che, v. *infra*, cap. seg., § 3). Comunque, anche dalle ipotesi considerate si può però argomentare come quella norma, la quale esige il deposito di una copia del provvedimento che si impugna, non sia poi tale da non ammettere — in coerenza coi principi che sono alla base del sistema — possibilità di deroghe.

(1) Così, a es., la norma, più sopra esaminata (§ 2), la quale fa decorrere i termini di decadenza per l'impugnativa dalla *notificazione* del provvedimento che s'impugna.

Naturalmente, come si è detto, non bisogna però dimenticare come l'esigenza che il giudice amministrativo si venga a trovare a contatto di un documento, dal quale in modo autentico risulti il provvedimento che si fa oggetto dell'impugnativa, e dal quale egli possa quindi concretamente prendere le mosse in vista della decisione che dovrà assumere, è un'esigenza, la quale, ove manchino deroghe previste dal sistema stesso, va necessariamente e imprescindibilmente rispettata. Basti por mente che il deposito del provvedimento è prescritto dalla legge sotto pena di decadenza. Per ciò, quindi, meno che nel caso eccezionale del silenzio rifiuto dell'autorità, e nel caso del rifiuto del rilascio del documento, espressamente previsto dall'art. 19 del reg. di proc. innanzi alle sez. giurisd. del Cons. di Stato, e dall'art. 21 del reg. di proc. innanzi alla G.P.A. in sede giurisd., è da ritenere che il ricorrente non possa esimersi dall'obbligo di depositare, presso la segreteria del giudice competente, un documento, nel quale l'autorità, che pose in essere il provvedimento che s'impugna, attesti — in forma tale che il giudice possa ricavarne tutti i necessari elementi (1) — l'essenza e gli estremi di esso. Tale documento, naturalmente, in tutti quei casi nei quali l'atto impugnato non sia un atto scritto, non potrà consistere in una copia. Ma ciò nulla toglie alla sua necessarietà. Vale a dire che, in tutte le ipotesi in cui l'atto amministrativo non si sia estrinsecato nello scritto, il cittadino dovrà richiedere all'autorità, che lo pose in essere, un'attestazione relativa al provvedimento da essa concretato. Tale attestazione, sulla base dei principi che governano la materia, non potrà venir rifiutata (2). E il giudice, se non vuole, contro lo spirito e contro i principi fondamentali del sistema, negare la propria giustizia, dovrà questa volta contentarsi, anzi che del deposito di una copia, del deposito di una semplice attestazione — dalla quale, naturalmente,

---

(1) Si ricordi che questa è sempre una esigenza essenziale. La giurisprudenza ha avuto modo di insistere decisamente su essa, quelle volte che ha ammesso l'equipollenza del deposito della comunicazione al deposito della copia del provvedimento. Cfr. la decisione richiamata *sub* nota 1 a pag. 55.

(2) Negli svolgimenti condotti nel testo è implicitamente contenuta la conseguenza che qui l'art. 19 del reg. di proc. innanzi alle sez. giurisd. del Cons. di Stato e l'art. 21 del reg. di proc. innanzi alla G. P. A. in sede giurisd. vanno applicati in tutta la loro integrità. Anche qui, dunque, ove l'autorità rifiuti di rilasciare un attestato dell'atto posto in essere, il documento da depositare presso la segreteria dal giudice sarà, in luogo di tale attestato, il verbale nel quale l'ufficiale giudiziario faccia constare il rifiuto.

risultino tutti gli elementi essenziali dell'atto —, relativa al provvedimento in questione.

Fin qui gli svolgimenti *ex ratione legis*. Ma in sostegno della tesi prospettata conforta in modo decisivo una ulteriore considerazione di essenziale rilievo. Ed è che, quando si valuti obbiettivamente il problema, la conclusione cui si è pervenuti non pare affatto contraria, non che allo spirito della legge, neanche alla sua lettera.

La necessità di depositare una « copia » del provvedimento impugnato risulta, in fatti, semplicemente da disposizioni di natura regolamentare (art. 19 del reg. di proc. innanzi alle sez. giurisd. del Cons. di Stato; art. 21 del reg. di proc. innanzi alla G. P. A. in sede giurisd.). La legge formale, che regola la materia e che fissa le sanzioni che si collegano alla sua trasgressione (art. 36, 3. cpv., del T. U. sul Cons. di Stato; art. 8 del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd.), parla invece, se bene — come già è stato avvertito — con minore proprietà, certo con una implicita genericità, la quale non pare affatto autorizzare la restrizione contenuta nel regolamento, della necessità che venga depositato « l'atto o provvedimento impugnato ». Essa cioè — quando nell'intepretarla si sia tenuto il debito conto della sua improprietà nel parlare di un deposito del « provvedimento », quasi che implicasse la necessità di depositare proprio il provvedimento, in quella entità concreta nella quale venne posto in essere dall'autorità agente (1) — vale soltanto a esprimere la inderogabile necessità che il giudice venga a trovarsi a contatto di un documento, il quale fedelmente riveli

(1) Indubbiamente la formula contenuta nella legge non è molto propria. L'« atto o provvedimento » impugnato molto difficilmente potrà, in fatti, venir depositato in sè e per sè, nella sua veste originale. Il deposito in originale, a es., di un decreto reale, il quale provveda in ordine a un caso particolare, o, ancor meglio, di un decreto reale, il quale detti delle norme regolamentari, implicherebbe che i decreti stessi, contrariamente a delle regole necessarie ed essenziali, venissero allontanati dagli archivi dello Stato. Ciò vale a spiegare con chiara evidenza come, col richiedere il deposito dell'« atto o provvedimento » impugnato, la legge non abbia, necessariamente, potuto pretendere il deposito in originale dell'atto stesso, e vale, di conseguenza, a dar ragione al legislatore del regolamento, il quale ammise la sufficienza del deposito di una copia dell'atto. Ciò, in cui il regolamento pecca, è invece nel far esclusivo riferimento all'ipotesi che vengano in questione degli atti scritti. Con questo si viene, in fatti, a introdurre una limitazione, la quale certo non è desumibile dalla formula ampia (se pure, come si è visto, non propria) espressa nella legge formale.

il provvedimento impugnato. E non pone alcuna limitazione del genere di quella che dalla più severa interpretazione del regolamento potrebbe volersi ricavare.

Risulta dunque dimostrato che la regola, la quale esige il deposito, presso la segreteria del giudice competente, di una copia del provvedimento che s'impugna, non è di quelle le quali possano per sè sole venir portate a valido sostegno della tesi che unicamente gli atti posti in essere in forma scritta siano suscettibili di impugnativa innanzi al giudice amministrativo. Ciò non toglie tuttavia che essa potrebbe rappresentare un sintomo significativo, qualora venissero trovati degli argomenti più saldi, ai quali appoggiare tale punto di vista. E, in vero, in favore della stessa tesi viene sovente portato un argomento, il quale è certo di maggior peso, ed è per ciò degno di attento esame e di seria valutazione. Alla sua considerazione verranno dedicati gli svolgimenti che seguono.

4 - Come è noto, quello nel quale si esplica la competenza dei giudici amministrativi è nella normalità dei casi, e in primo luogo, contenzioso di annullamento. In fatti, ai termini dell'art. 45 del T. U. sul Consiglio di Stato, e dell'art. 17 del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd., tali giudici, quando riconoscano il vizio di un provvedimento di un'autorità amministrativa, non hanno altro potere, se non quello di annullarlo, salvo a prendere, quando abbiano competenza anche nel merito, gli ulteriori provvedimenti del caso (1).

Ora, tale circostanza potrebbe essere in grado di offrire uno spunto non scarsamente significativo a sostegno della tesi che non tutti gli atti amministrativi, quale che sia la loro struttura formale, siano passibili di impugnativa giurisdizionale, quando non si riuscisse a dimostrare infondato quell'insegnamento, secondo il quale l'istituto

(1) Non è fuori luogo a tal proposito ricordare come di recente sia, stato autorevolmente affermato che, pur quando abbia competenza di merito, il giudice non può conoscere che della legittimità dell'atto, consistendo il *plus* di potestà che egli avrebbe nei confronti del giudice di legittimità, semplicemente nella ulteriore possibilità di riformare e di sostituire il provvedimento impugnato. Cfr. Rovelli, *Osservazioni sulla natura del giudizio*, cit., pag. 353; Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939 pag. 118 seg., 141 segg. *Contra* v. però le recenti acute osservazioni del Lucifredi, *In tema di giurisdizione di merito*, estr. dall'« Arch. giur. », 1940 pag. 6 segg.

dell'annullamento non sarebbe suscettibile di applicazione a tutti indistintamente gli atti giuridici, quale che sia la veste della loro estrinsecazione (1). Se, in fatti, dal combinato disposto delle norme vigenti in materia di giustizia amministrativa risulta che l'atto amministrativo può venire impugnato in via giurisdizionale unicamente perchè e in quanto si voglia e si debba conseguire il suo annullamento (2), è ben logico che non potrebbe avere alcuna ragion d'essere, nè sarebbe del resto ammissibile, un'impugnativa, tutte le volte che venisse in questione un atto comunque insuscettibile di venir annullato (3). E — si noti bene — non si tratterebbe qui, come per quella relativa al deposito del provvedimento, di un'esigenza di rilievo strettamente processuale. Perchè stavolta viene in questione un'esigenza, la quale inerisce all'essenza stessa, ai caratteri e ai limiti del potere del giudice amministrativo.

Al fine di poter valutare adeguatamente il significato e l'importanza dell'argomento che qui viene in questione, occorre prender le mosse dall'essenza del concetto di annullamento. È necessario, in fatti, determinare se esso sia veramemente tale, che possa venir

(1) Per le indicazioni, v. *infra*, note 2 segg. a pag. 66.

(2) Non appare conforme al testo della legge il ritenere, come vorrebbe il Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., pag. 449, che per impugnativa di un atto bisogni intendere anche la « domanda della sola dichiarazione della sua illegittimità » (molto di recente, v., in tal senso, anche Forti, *Osservazione*, nel « Foro it. », 1941, III, c. 1). A maggior ragione non può poi, di fronte alle esplicite formule dell'art. 45 del T. U. sul Cons. di Stato e dell'art. 17 del T. U. sulle attribuz. della G. P. A. in sede giurisdiz., meritare adesione la tesi del Resta, *Il silenzio*, cit., pag. 117 seg., secondo cui, nel caso del silenzio, « il magistrato potrà benissimo dichiarare illegittima l'inerzia dell'Amministrazione, e disporre che l'Amministrazione risponda al cittadino che ha reclamato ». La giurisprudenza, ove si escluda qualche rara eccezione (*Cons. di Stato, V sez.*, 21 gennaio 1927, nel « Foro amm. », 1927, I, *2*, c. 63), appare concorde nel non ammettere l'impugnativa giurisdizionale degli atti amministrativi, quando attraverso essa non si intenda conseguire l'annullamento dell'atto impugnato. Cfr. *Cons. di Stato, IV sez.*, 6 agosto 1926, nella « Giur. it. », 1927, III, c. 44; 27 gennaio 1928, nel « Foro amm. », 1928, I, *1*, c. 96; 24 febbraio 1928, *ivi*, I, *1*, c. 123; 16 ottobre 1931, *ivi*, 1931, I, *1*, c. 225; 12 maggio 1934, *ivi*, 1934, I, *1*, c. 199; 22 giugno 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1934, II, pag. 523; 23 giugno 1937, *ivi*, 1937, II, pag. 585.

(3) V., in fatti, le illazioni dello Zanobini, *Corso*, cit., II, pag. 221 seg., e del Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 10.

impiegato unicamente in relazione ad atti, che presentino una certa particolare veste esteriore.

Il fenomeno dell'annullamento, il quale si inserisce nel più ampio quadro del fenomeno dell'invalidità, è, come questo, proprio e caratteristico degli atti giuridici (1). L'invalidità di un atto giuridico consiste nella giuridica inidoneità di esso al conseguimento degli effetti, che, col porlo in essere, si erano avuti di mira. E l'annullamento è appunto una pronuncia sulla giuridica invalidità di un atto. Più precisamente, è una pronuncia diretta a rendere giuridicamente nullo un atto, il quale, pur essendo viziato, era, fino all'ora del suo annullamento, in grado di esplicare legittimamente la propria giuridica operatività. Esso consiste quindi in una manifestazione rivolta a pronunciare, con effetto costitutivo, e quindi a rendere attuale, l'inidoneità giuridica dell'atto alle conseguenze cui era rivolto (2).

(1) Cfr. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit., pag. 15 seg. L'affermazione, non sempre validamente sostenuta, meriterebbe però una adeguata giustificazione dogmatica, alla quale mi propongo di dedicarmi in altra sede.

(2) Sul concetto di annullamento, v. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit., partic. pag. 103 segg. È qui da porre in evidenza, in relazione all'annullamento (come in genere in relazione all'invalidità), quanto sarebbe inesatto ritenere che di esso siano suscettibili i soli atti negoziali, a esclusione dei meri atti. Una tesi di tal fatta è stata sostenuta nella dottrina germanica dal KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910. Egli parte dalla premessa che per annullamento bisogni intendere una pronuncia rivolta alla rimozione di effetti non conformi al diritto (pag. 212); e ne deduce che per ciò stesso un annullamento non potrebbe aversi in relazione ai meri atti, dato che gli effetti di questi (non avendo qui alcun rilievo il volere dell'agente) scendono direttamente dalla legge, e che quindi nei loro confronti non può parlarsi di una « Gesetzwidrigkeit der Wirkungen », ma semplicemente di una « Nichterfüllung des gesetzlichen Tatbestandes » (pag. 218). È facile però osservare come un concetto di annullamento in tal modo formulato sia privo di ogni fondamento (cfr. CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, nota 147 a pag. 95). In fatti, l'annullamento è una pronuncia circa l'invalidità di un atto, e non circa l'illegittimità dei suoi effetti. E, quando si parta dalla premessa che l'atto giuridico (e quindi anche quello non negoziale) ha come caratteristica la volontarietà, e che questa presenta sempre, per la sua stessa essenza, una tendenza finalistica (non importa se diversa nell'atto negoziale e nel mero atto), non si può non concludere che non esiste alcuna incompatibilità tra invalidità e atto non negoziale. D'altra

Il principio dell'economia dei mezzi giuridici lascia sentire, sul terreno che presentemente battiamo, ben profondamente la sua rilevanza. In fatti, non a ogni non rispondenza dell'atto, agli schemi dal legislatore fissati pel conseguimento di un certo effetto giuridico, l'ordinamento collega senz'altro la mancata realizzazione dell'effetto in questione Tale conseguenza radicale si ha solo nei casi delle mancanze più gravi. Negli altri casi invece l'ordinamento consente che l'atto, il quale si sia allontanato dagli schemi fissati dal sistema, persegua egualmente i suoi effetti: e semplicemente subordina la conservazione della sua efficacia alla condizione risolutiva dell'intervento di una pronuncia dell'autorità — di volta in volta posta in essere nel concorso di circostanze diverse e di procedimenti differenti , la quale affermi la sua invalidità, e cioè lo annulli (1). Anzi preme qui osservare come, esclusi i casi più gravi, nei quali per ciò appunto il difetto che viene in questione fa sì che debba addirittura parlarsi della inesistenza di un atto amministrativo, e che cioè l'atto in esame non possa neanche venir considerato come tale venuto in vita, questa è appunto la regola per ciò che riguarda gli atti posti in essere dall'amministrazione nell'esplicazione della sua potestà pubblica (2).

Solo l'intervento della pronuncia di annullamento, quando sia necessaria, è in grado di determinare il passaggio della giuridica

---

parte, è noto che gli atti amministrativi, anche se viziati, conservano la loro completa efficacia fino al momento in cui non intervenga una pronuncia che esprima la loro invalidità: il che vale a dire che la loro unica forma di invalidità è l'annullabilità (v. più avanti, nel testo, e nota 2). E, siccome non pochi degli atti amministrativi sono privi di carattere negoziale, sarebbe certo paradossale negare l'annullabilità di tutti gli atti non negoziali. Del che costituisce certo una evidente riprova la circostanza che la tesi del Kormann si imbatte in gravi difficoltà, quando viene a contatto del diritto positivo: e, per superarle, il suo formulatore è costretto a non lievi virtuosismi concettuali (pag. 218 segg.), i quali sono però ben scarsamente convicenti. Per una diffusa critica della tesi del Kormann, v. anche Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, pag. 95 segg.

(1) Alla presente indagine, come a quella, la quale ha, su questo punto, esclusivo riguardo al concetto e alla funzione dell'annullamento, non interessa affatto specificare quando ricorra la prima, e quando la seconda ipotesi. In argomento si vedano a ogni modo, anche per ulteriori indicazioni, i diffusi svolgimenti del Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, pag. 113 segg.

(2) Cfr. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, pag. 317 seg., e ivi indicazioni.

invalidità dell'atto dallo stato potenziale allo stato attuale. E, di conseguenza, essa sola è in grado di determinare la situazione, per cui, in primo luogo, l'atto non sia più in condizioni di esplicare legittimamente la sua azione, e, in secondo luogo, — e naturalmente, anche qui, sempre entro i limiti compatibili con la regola del *factum infectum fieri nequit* (1) — che l'azione da esso attualmente esplicata venga a esser rimossa.

Dagli sviluppi fin qui condotti, restano precisati il concetto e la funzione dell'annullamento. Rimane ora da stabilire — ed è quanto più preme ai fini dei risultati che la presente indagine si propone — se e quali limiti possano all'ammissibilità dell'annullamento di un atto giuridico, e più particolarmente di un atto amministrativo, derivare dalla struttura formale nella quale esso si sia presentato.

Suole venir affermato che solo quando si esprimono attraverso una dichiarazione gli atti amministrativi sarebbero suscettibili di annullamento (2). Anzi di solito si afferma — anche se talvolta l'enunciazione vien posta, più che in linea assoluta, in linea di principio generale (3) — l'annullabilità dei soli atti scritti (4).

---

(1) Cfr., in argomento, Romanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 351, e ivi ulteriori indicazioni.

(2) V., p. es., Fagiolari, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 10. Il Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa*, cit., pag. 268, osserva, come un principio fuori discussione, che quegli atti, i quali vengono comunemente designati col nome di « fatti materiali », « non possono essere che illeciti, e non mai invalidi ».

È necessario avvertire una volta per sempre che il termine « dichiarazione » viene qui adoperato nel testo — e lo sarà d'ora innanzi, nel corso della trattazione — in senso molto restrittivo e del tutto particolare, a indicare esclusivamente le manifestazioni giuridiche espresse a mezzo della parola (sia nella forma orale, che in quella scritta), al fine di contrapporle ai così detti « fatti materiali », e cioè a quegli atti, i quali si rivelano nel mondo esterno attraverso un mezzo diverso dalla parola (sia esso una operazione, sia il silenzio). Un impiego di tal genere, se bene potrebbe apparire in ogni altra sede inesatto (sul giusto concetto di « dichiarazione », cfr., in fatti, Scialoja, *Negozi giuridici*, 3. rist., Roma, 1933, nota 2 a pag. 29), appare qui ben logico, quando si consideri che in questa sede si vuole e si deve avere esclusivo riguardo all'aspetto formale degli atti.

(3) Cfr. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 39, 97 seg.; Ragnisco, *I ricorsi*, cit., pag. 91.

(4) V. per tutti, implicitamente, Zanobini, *Corso*, cit., II, pag. 221 seg.

Ma di tali affermazioni manca ogni adeguata giustificazione (1). Nè alcuno si è mai sforzato di dare una soddisfacente dimostrazione dogmatica e positiva della giustezza del loro contenuto. La difficoltà del problema viene per ciò a essere da esse accresciuta piuttosto che alleviata. Nè potrebbe affermarsi che con esse la questione si avvii verso una accoglibile soluzione.

Gli svolgimenti che seguono verranno appunto dedicati alla dimostrazione dell'infondatezza di ogni affermazione, la quale volesse contestare l'annullabilità degli atti amministrativi non scritti, o comunque degli atti amministrativi, i quali non fossero stati posti in essere sotto una qualsiasi specifica forma.

Nell'affrontare il problema, pare opportuno considerare, avanti degli altri, quegli atti, i quali trovano la loro prima estrinsecazione nel mondo esterno al momento della loro esecuzione — vale a dire attraverso l'operazione a mezzo della quale vengono portati a effetto —, e quindi, per ciò stesso, non si esteriorizzano attraverso una dichiarazione. Tali atti, in fatti, per i loro peculiari caratteri, sembrano quelli, i quali potrebbero legittimare maggiori dubbi in relazione al punto che a noi preme. Di guisa che, qualora l'indagine circa la loro suscettibilità di venir annullati dovesse sortire esito positivo, verrebbe a risultarne non scarsamente alleviata la preoccupazione e la difficoltà dei successivi svolgimenti della ricerca.

Come si è detto, l'annullamento consiste in una pronuncia, la quale vale a rendere giuridicamente nullo un atto, la cui giuridica invalidità non è suscettibile di divenire attuale, se non mediante una pronuncia di tal genere. Esso è cioè diretto a togliere giuridicamente di mezzo un atto annullabile. Ora, dalla premessa, più sopra posta in rilievo, che l'invalidità di un atto consiste nella sua giuridica inidoneità al conseguimento dei propri fini, si potrebbe

(1) Non pare certo un argomento adeguato a dimostrare l'insuscettibilità d'annullamento degli atti non scritti, quello che il Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., nota 44 a pag. 39 e pag. 98, vorrebbe ricavare dalla considerazione che l'annullamento è una manifestazione di controllo, e che difficilmente un controllo potrebbe venir esercitato su atti non scritti. A confutare tale asserzione basterebbe richiamare quegli articoli del T. U. di pubblica sicurezza, nei quali si riconosce al cittadino la possibilità, di massima, di rivolgersi al superiore gerarchico contro tutti i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza (art. 2 e 6), dei quali non pochi vengono posti in essere in forma diversa dallo scritto. Sul punto v. anche *infra*, cap. seg., § 3.

voler ricavare la conseguenza che una pronuncia di annullamento — vale a dire una pronuncia diretta a esprimere la giuridica inidoneità di un atto alla realizzazione dei suoi fini — non avrebbe alcuna ragion d'essere, in relazione a tutti quegli atti, i quali fossero stati ormai portati a effetto. Di essi, in fatti, come di quelli che ormai *functi sunt officio suo*, non potrebbe più parlarsi come di atti rivolti al conseguimento dei propri fini. E, di conseguenza una volta che i loro fini sono ormai già conseguiti, potrebbe apparire strana, oltre che intempestiva, una pronuncia circa la loro inidoneità al conseguimento di essi (1).

Sulla base di un tale ragionamento, si dovrebbe dunque ritenere impossibile un annullamento in relazione a tutti quegli atti — e se ne incontrano spesso nel diritto amministrativo —, i quali trovano la loro prima estrinsecazione giuridica nel momento stesso della loro esecuzione. Si pensi, a es., al caso del ritiro di una licenza per la guida di autoveicoli, da parte di un agente a ciò legittimato; e si pensi ancora al caso dell'abbattimento d'urgenza di un animale pericoloso. In relazione ad atti di tal genere una pronuncia di annullamento non potrebbe, in fatti, essere, se non posteriore al momento in cui essi vennero portati a effetto.

Per tal modo — ed è quanto ai fini del nostro studio preme stabilire — verrebbe a restare effettivamente esclusa ogni possibilità di annullamento per buona parte di quegli atti, che non si esprimono attraverso una dichiarazione — sia o non scritta —, ma si estrinsecano piuttosto attraverso una semplice operazione (2). E ciò perchè buona parte degli atti di tale specie sono appunto quelli, i quali non si esteriorizzano, se non attraverso la loro materiale esecuzione.

Se non che, un modo di ragionare di tal genere non va esente da serie critiche.

Un concetto, a tal proposito, e sempre, non bisogna a nessun costo perder di vista. Se è vero che nell'accezione giuridica l'an-

(1) A un modo di ragionare di tal genere presta la sua adesione l'ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, I, 1939, pag. 91 seg., 93 seg.

(2) Sul concetto di questa, v. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, II, 1938, pag. 96 segg., sempre con l'avvertenza però che qui — come già è stato avvertito in relazione alla « dichiarazione » (v. nota 2 a pag. 66) — l'espressione viene adoperata con valore meramente formale, a indicare ogni atto materiale diverso dalla dichiarazione.

nullamento consiste in una pronuncia costitutiva in ordine all'inidoneità di un atto al conseguimento dei suoi effetti, occorre pure tener presente come quella che qui viene in questione sia logicamente una pronuncia di carattere e di efficacia squisitamente ed esclusivamente *giuridici*. Quella, che ai fini dell'annullamento giuridico di un atto viene e deve venire in considerazione, è esclusivamente l'idoneità *giuridica* di esso a conseguire i fini cui si rivolge; non anche la sua idoneità pratica e materiale. Questa, in fatti, per lo meno sotto il riguardo che qui interessa, resta estranea alla considerazione del diritto (1). Ed è quindi logico che, a tal fine, assolutamente nulla possa e debba interessare che l'atto abbia o non conseguito ormai la sua materiale esecuzione (2).

In nessuna norma è sancito il principio che l'annullamento debba venir pronunciato prima che l'*officium* dell'atto, della cui invalidità si tratta, sia stato consumato. Per convincersene, basti riportarsi ai principi e alle applicazioni del diritto privato, dove

---

(1) Cade forse opportuno ricordare a questo punto — per la loro stretta parentela coi rilievi che qui si fanno — alcune vecchie osservazioni, formulate — se pur in termini non del tutto irreprensibili dal punto di vista tecnico — dal CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, nella « Giur. it. », 1911, III, c. 27 seg., a proposito dell'annullamento degli atti negativi. Egli scrive: « L'annullamento di *atti negativi* è, se la parola *annullamento* si prende alla lettera, un non senso logico e giuridico. Logico, perchè annullare un atto negativo è pronunciare una duplice negazione, il che importa affermazione. Giuridico, perchè *nullo* e *annullato* può essere un negozio giuridico perchè cessa di produrre gli effetti cui è diretto: ma un atto, il quale è l'opposto di un negozio giuridico e non produce effetti giuridici, non può cessare di produrli e non può quindi essere nullo nè annullato. L'annullamento di atti negativi per ciò non può significare che la dichiarazione del diritto ad ottenere il corrispondente atto positivo e l'ordine di emetterlo: o l'accertamento che in quelle forme, modi e casi l'atto negativo non è giustificato ». In argomento v., di recente, anche FORTI, *Osservazione*, cit., nel « Foro it. », 1941, III, c. 1, il quale considera improprio il parlare di annullamento di atti negativi.

(2) Cfr. la decisione del *Cons. di Stato, IV sez.*, 4 giugno 1915, nella « Giur. amm. », 1916, pag. 34, la quale ritenne che il fatto che il provvedimento impugnato sia limitato nel tempo, e che abbia ormai cessato di spiegare i suoi effetti, non ne esclude l'annullabilità. Per la stessa ragione, nulla rileva, ai fini dell'annullabilità di un atto — e questo è l'estremo opposto della stessa questione —, la circostanza che esso non sia ancora efficace. Cfr. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit., pag. 96.

nessuno mai ha pensato di contestare l'ammissibilità dell'annullamento di un atto espresso o tacito, il quale fosse stato ormai portato a esecuzione. Nessuno mai ha ritenuto, p. es, inconcepibile l'annullamento di un atto di alienazione, compiuto mediante la semplice consegna della cosa e senza alcuna formalità, da parte di un agente la cui volontà fosse stata viziata dalla violenza o dall'errore. Alla possibilità dell'esercizio dell'annullamento non esiste altro limite temporale, che quello di prescrizione o di decadenza previsto di volta in volta dal legislatore. Per modo che esso può certo venir legittimamente esercitato in un momento successivo all'esecuzione dell'atto al quale intende riferirsi. Nè la circostanza che tale esecuzione si sia ormai verificata potrà valere a svisare il suo carattere di pronuncia rivolta a esprimere la giuridica inidoneità di un atto al perseguimento dei fini cui tende. È certo vero, in fatti, che stavolta esso non potrà ormai più tendere a impedire che la materiale esecuzione dell'atto si verifichi. Ma non è men vero che il conseguimento di un risultato di tal genere non inerisce affatto — e tanto meno come *condicio sine qua non* — alla sua essenza e alla sua funzione (1). La proprietà dell'annullamento non consiste nel tendere a impedire che a un atto, venuto illegittimamente in essere, si colleghino certi concreti effetti pratici (2): se bene non possa recarsi in dubbio che, quando ciò sia possibile, si riscontra effettivamente, nel sistema dei rapporti sociali, la realizzazione più completa e perfetta della sua missione. La sua vera proprietà consiste invece semplicemente nel pronunciare, con forza costitutiva, la giuridica inidoneità di un atto di tal genere a produrre legittimamente quegli effetti: con tutte le conseguenze che a ciò

---

(1) Come è stato esattamente osservato, se l'ordinamento giuridico ha il potere di rendere assolutamente impossibile ogni spostamento sgradito entro la sfera ideale del diritto, per altro è privo di un eguale potere contro ogni sgradita modificazione del mondo materiale. Cfr. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, pag. 14.

(2) In relazione agli effetti pratici, l'unica ripercussione, che l'annullamento può esercitare (e di più non potrebbe pretendersi a contatto di una norma finale del genere di quella che qui viene in questione: cfr. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 30 segg.), è che l'aver portato o il voler comunque portare a effetto un atto annullato, e cioè un atto la cui invalidità sia autoritativamente pronunciata, verrebbe inevitabilmente a risolversi, a sua volta, in una illegalità. Il che, naturalmente, vale — al meno in linea di massima — a dissuadere, in modo particolarmente efficace, dal portarlo a esecuzione.

il diritto collega. Quando, per ciò, un qualche mutamento si sia ormai illegittimamente determinato nel mondo materiale a seguito di un atto giuridicamente non idoneo a tal fine, e quando l'entità di questa giuridica inidoneità sia per sua natura tale, che non possa divenire attuale, se non a seguito dell'intervento di un provvedimento autoritativo che la pronunci in modo costitutivo, sarebbe certo infondato e inesatto affermare l'inammissibilità di un annullamento di quell'atto. Nè una pronuncia di tal genere potrebbe ormai esser considerata inutile, inopportuna, o comunque non rispondente alle sue finalità. Basti pensare, in fatti, che solo sul suo presupposto, e cioè solo sul presupposto della caducazione dell'atto in questione, potrà determinarsi la situazione necessaria al conseguimento della giuridica rimozione, o al meno della giuridica riparazione, degli effetti illegittimamente da esso derivati (1).

I rilievi fin qui fatti assumono valore particolarmente significativo sul terreno del diritto amministrativo. Com'è noto, il nostro ordinamento deferisce, di massima, ai tribunali ordinari le questioni tra i cittadini e la pubblica amministrazione, dove si controverta circa diritti soggettivi (art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo). Tra esse rientrano certo le questioni, in cui venga in discussione la rimozione o la riparazione di un danno arrecato illegittimamente al privato dalla pubblica amministrazione. Se non che, in tutte le materie dove l'autorità pubblica agisce *jure imperii*, senza che il cittadino possa vantare di fronte a essa, nell'esplicazione di tale sua azione, più di un semplice interesse legittimo, il giudice ordinario non ha il potere di sindacare se l'operato dell'amministrazione sia stato o non legittimo.

(1) La dottrina privatistica comunemente riconosce l'ammissibilità dell'annullamento nei confronti degli atti già portati a esecuzione. Cfr., per tutti, Scialoja, *Negozi giuridici*, cit., pag. 235. Il principio, in relazione agli atti amministrativi, risulta comunemente applicato dalla giurisprudenza (v., tra le decisioni più recenti, p. es., *Cons. di Stato, IV sez.*, 27 gennaio 1940, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, pag. 232). Ed è evidente che così debba necessariamente essere, sol che si pensi che gli atti amministrativi sono per loro natura esecutori, e che per norma il ricorso giurisdizionale non ha nei loro confronti effetto sospensivo (art. 39 del T. U. sul Cons. di Stato; art. 11 del T. U. sulle attrib. della G. P. A. in sede giurisd.): per modo che ben frequentemente, e anzi normalmente, accade che il giudice venga chiamato a pronunciarsi sull'atto parecchio tempo dopo che esso sia stato ormai portato a effetto (si pensi, a es., all'impugnazione di un atto mediante il quale un pubblico impiegato venne dimesso dal servizio).

Tale potere è, in fatti, riservato al giudice amministrativo (art. 26 del T. U. sul Cons. di Stato). Per modo che, in tali materie, una pronuncia del giudice ordinario circa la pretesa giuridica del cittadino al risarcimento del danno non potrà venire in questione, se non in un momento successivo a quello, in cui il giudice amministrativo si sia manifestato circa la legittimità dell'azione dell'autorità, dalla quale al privato sia derivato in danno (1). Ora, come già si è detto, una sola forma d'invalidità l'ordinamento nostro prevede per gli atti amministrativi, come tali esistenti nella realtà giuridica: ed è l'annullabilità. Lo dimostra adeguatamente la circostanza che il contenzioso che si svolge innanzi ai giudici amministrativi viene dal legislatore costituito come contenzioso di annullamento. E quindi, ove si volesse negare la possibilità di un annullamento nei confronti di tutti quegli atti dell'autorità, i quali fossero stati ormai portati a esecuzione, col rifiutare al cittadino il modo di ottenere la pronuncia circa la legittimità dell'azione pubblica, gli si verrebbe di riflesso a contestare ogni possibilità di conseguire in tali casi la giusta riparazione per il danno illegittimamente subito. Il che, come si intuisce di leggieri, sarebbe ben grave, e certo urterebbe contro i principi, che sono alla base del nostro sistema della giustizia amministrativa.

Se gli svolgimenti fin qui condotti sono giusti, è ben corretto dunque affermare che, dalla sola circostanza che ormai abbiano materialmente conseguito il loro scopo, non può certo venir ricavato alcun serio argomento in favore della negazione dell'annullabilità di tutti quegli atti, i quali, per non trovare alcuna esteriorizzazione prima della loro esecuzione, si estrinsechino esclusivamente attraverso questa, e cioè si esprimano mediante quella mera operazione in cui la loro esecuzione consiste (2).

Passiamo ora a considerare, nei suoi termini più generali, il problema che interessa risolvere.

Alla base della concezione di chi nega che gli atti amministrativi espressi in forma diversa dalla dichiarazione, o, ancor più, diversa dallo scritto, siano passibili di annullamento, esiste, secondo me, un

---

(1) Cfr. ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 167, e ivi richiami giurisprudenziali.

(2) Sul carattere anormale di tale fenomeno, v., da ultimo, ALESSI, *La responsabilità*, cit., I, pag. 77, alle cui affermazioni in materia non saprei però aderire incondizionatamente.

grave equivoco. Esso poggia su una poco felice interferenza di punti di vista non giuridici con punti di vista giuridici, e sulla conseguente confusione di concetti, che da tale interferenza immediatamente è derivata.

È innegabile che, sulla mente di chi si ponga il problema che a noi interessa, eserciti una non lieve influenza una circostanza di ordine logico. Essa consiste nella difficoltà di concepire, alla stregua del modo di ragionare comune, l'annullamento di un atto che non si esprima mediante una dichiarazione. Nella concezione comunemente corrente, l'annullamento suole venir immaginato come la eliminazione di un atto (1), al fine d'impedire l'estrinsecazione della sua azione. E, se alla logica comune non ripugna la eliminazione di una dichiarazione, effettuata mediante l'emissione di una seconda dichiarazione, diversa dalla prima, e rivolta appunto a toglier di mezzo la prima, ciò avviene appunto e solo in quanto la parola, sia nella forma scritta, che in quella orale, suole venir concepita come qualche cosa, la quale si presenta diversa da una vera e propria entità materiale, che si consolidi in una consistente realtà concreta (2). A chi esamini con pieno rigore il fenomeno, non potrà sfuggire che anche le parole e le frasi — sia nella forma verbale, che, a maggior ragione, in quella scritta — assumono nel mondo esterno una effettiva e definitiva concretizzazione: se così non fosse esse non sarebbero suscettibili di percezione da parte dell'uomo. Tuttavia, quando il fenomeno venga considerato nei termini meno rigorosi, nei quali suole trattarlo il modo di ragionare della vita comune, la dichiarazione, tanto se orale, quanto se scritta, si presenta causa la sua parvenza meramente ideologica e meno reale (3) —

(1) Cfr., per tutti, Romanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 108.

(2) Cade qui opportuno cercare di spiegare perchè gli atti in ordine ai quali più facilmente sia stata ammessa l'annullabilità, più che quelli orali, siano però stati quelli scritti. E la spiegazione va cercata nel fatto che nei confronti di essi, a causa della loro materiale parvenza di vita continuativa nel mondo delle cose esistenti, si lascia in modo particolarmente decisivo avvertire il bisogno di una effettiva rimozione. Quanto agli altri, in fatti, *verba volant*.

(3) Che l'atto deliberativo espresso attraverso la parola si risolva in una mera dichiarazione ideologica, è una proposizione, la quale torna frequentemente nella dottrina. Cfr., per tutti, da ultimo, Alessi, *La responsabilità*, cit., pag. 77. Anzi questo scrittore — incorrendo in una evidente inesattezza, la quale per altro può dirsi una caratteristica (se pur estrema) espressione di un punto di vista corrente — giunge ad affermare che

come qualcosa di tipicamente ritirabile e revocabile. Anzi, è forse opportuno osservare come sia proprio una applicazione dello stesso modo di ragionare, e una conseguenza dello stesso punto di partenza, il quale tende a concepire in maniera nettamente distinta le dichiarazioni dagli altri atti giuridici, quell'atteggiamento usuale del linguaggio degli studiosi del diritto, il quale soltanto alle prime riserva il nome di *atto*, mentre ai secondi attribuisce una qualifica diversa: quella di *fatto materiale* (1). Ed è indubbiamente una derivazione

---

« teoricamente, l'atto amministrativo dovrebbe considerarsi come sussistente soltanto con la effettiva posizione in essere anche dell'attività materiale successiva alla deliberazione », e che, se ciò non avviene, è solo per « ragioni pratiche ».

(1) Su tale distinzione, cfr., per tutti, FORTI, *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Napoli, II, 1934, pag. 47, 51, 55 seg. Si tratta però di una distinzione comunemente corrente. Essa in vero non sempre risulta rigorosamente nei termini enunciati nel testo (v. tuttavia FRAGOLA, *La dichiarazione tacita*, cit., pag. 32, il quale pone addirittura una contrapposizione tra « atto-documento » e « fatto materiale »). Ma tali termini appaiono i soli, nei quali risulti meno criticabile. Quando, in fatti, come frequentemente accade, si afferma che, in contrasto con i veri e propri atti, i quali sarebbero delle estrinsecazioni di attività psichiche, i fatti materiali non rappresenterebbero che « un'attività fisica dell'individuo umano » (FORTI, *op. cit.*, II, pag. 47), si viene a cadere in una grave inesattezza. Perchè, enunciato il principio che l'ampia categoria degli atti giuridici comprende esclusivamente quelle azioni dell'uomo, nelle quali assume rilievo l'atteggiamento psichico dell'agente, e inquadrati — come comunemente si fa —, in tale categoria, anche i così detti fatti materiali (v. nota seg.), una affermazione di tal genere finisce col risolversi in una petizione di principio. Ciò che poi è più grave, è che, impostata su tali basi, la distinzione viene a determinare una serie di strane interferenze e di illogiche confusioni concettuali tra l'aspetto sostanziale e l'aspetto formale dell'atto, la quale è poi fonte di non scarsi equivoci. Basti por mente, a es., alla strana incongruenza cui essa porta, allorchè induce a ritenere che, mentre sarebbe annullabile — come vero e proprio atto — il gesto mediante il quale un pubblico agente abbia arrestato la circolazione urbana, non lo sarebbe — in quanto vero e proprio fatto materiale — il gesto col quale egli abbia colpito un animale sospetto di idrofobia (così, p. es., CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit., nota 148 a pag. 97). In entrambi i casi assume rilevanza l'atteggiamento psichico dell'agente; e in entrambi i casi si viene a contatto di un atto, il quale non si estrinseca sotto forma di dichiarazione. Perchè mai, dunque, la diversità di trattamento giuridico? — Gli svolgimenti, che più avanti verranno condotti nel testo, daranno maggiore conforto al punto di vista enunciato.

di una tale distinzione terminologica, dal punto di vista tecnico così poco felice, quella differenziazione degli atti amministrativi (1), tecnicamente ancor meno corretta nei termini in cui suole venir formulata, tra *atti* e *fatti amministrativi* (2), la quale ritorna appunto in quella zona che ora vien fatta oggetto di indagine.

Tutte quelle azioni dell'uomo, a proposito delle quali si è soliti parlare di fatti materiali, e cioè tutte quelle azioni, le quali non si esprimono mediante una semplice dichiarazione, e, con esse, le stesse azioni omissive, a differenza di quelle che si esteriorizzano sotto forma di dichiarazione, assumono nel mondo fisico un caratteristico aspetto di definitività. Appare per ciò spiegabile se nei confronti di esse esista una maggiore ripugnanza logica e concettuale a immaginarle suscettibili di eliminazione, e quindi di annullamento (3) Secondo il modo di ragionare comune, appare ritirabile ciò che si dice: non ciò che si fa. E questo perchè, nella seconda ipotesi, il *factum infectum fieri nequit* appare nella sua più piena evidenza. Il gesto di un pubblico agente rivolto ad arrestare la circolazione cittadina, o ad abbattere un animale sospetto da idrofobia, e il com-

(1) Che i così detti *fatti amministrativi* non siano se non una categoria degli atti amministrativi, viene comunemente riconosciuto. Cfr., per tutti, De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pag. 14.

(2) Cfr., per tutti, oltre Forti, e oltre gli scrittori ricordati da De Valles, *La validità*, cit., nota 2 a pag. 10, Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., pag. 43 seg.; Borsi, *La giustizia*, cit., pag. 13, 15; e, tra i più recenti, Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa*, cit., pag. 268; Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 37 seg.; Alessi, *La responsabilità*, cit., I, in nota a pag. 75. Il concetto, che di fatto amministrativo qui si dà, non è molto diverso da quello che si suole intendere sotto la designazione di « azione materiale » dell'amministrazione. Su questo, cfr., per tutti, Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, pag. 1093, 1226 seg.; Trentin, *L'atto amministrativo*, Roma, 1914, pag. 502 seg.; Romano, *Corso di diritto amministrativo*, 3.ª ed., Padova, 1937, pag. 214 seg.; Lucifredi, *Forma scritta e prova testimoniale in materia di atti amministrativi*, nella « Riv. di dir. civ. », 1933, pag. 443. Sulla così detta attività materiale della pubblica amministrazione si vedano, in fine, le recenti pagine di M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Padova, 1939, pag. 128 segg.

Sull'unico senso corretto, in cui una distinzione tra *atti* e *fatti* giuridici va, in ogni campo del diritto — e quindi anche in quello del diritto amministrativo —, impostata, si veda Sandulli, *Il procedimento*, cit., pag. 127 seg., e ivi note.

(3) E, in genere, di invalidità. Si veda, a es., Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa*, cit., pag. 268.

portamento omissivo di chi abbia violato l'obbligo di esplicare a tempo debito una certa azione, non sono atti, i quali, nella loro concreta essenza, non solo alla stregua della logica più corretta, ma anche alla stregua del modo di ragionare comune, ammettano la possibilità di un ritiro. È ben evidente, in fatti, che nessun nuovo comportamento dell'agente o di altri potrà valere ormai a far sì che il movimento, mediante il quale il traffico sia stato arrestato, o il colpo sia stato lasciato partire, e che la illegale omissione possano venir posti nel nulla. E per ciò stavolta il parlare di un annullamento ha, alla stregua del modo di ragionare che si adotta, tutta la parvenza dell'assurdo e del paradossale (1).

Svolte queste considerazioni, occorre però subito tornare a insistere sul rilievo che, in fondo, all'esame obbiettivo, la situazione non è affatto diversa, quando, anzi che quelli che si sogliono designare col nome di fatti materiali, vengano in riguardo delle vere e proprie dichiarazioni. Anche qui, in fatti, la dichiarazione successiva, rivolta a eliminare quella venuta primieramente in essere, non può certo valere a far sì che la prima venga a esser sottratta al mondo delle cose concrete: perchè l'essenza della realtà non consente che un avvenimento comunque ormai realizzato – e quindi anche una dichiarazione — possa venir reso mancato da un avvenimento successivo (2). Se, dunque, in tal caso la concezione comune ammette che una dichiarazione posteriore possa valere a porre nel nulla una dichiarazione anteriore, evidentemente opera uno spostamento di visuale, in quanto non viene più a riferirsi alla dichiarazione, avendo, come prima, riguardo al suo aspetto formale, ma piuttosto avendo riguardo al suo contenuto.

Ora, quanto a questo punto interessa fissare, è che lo spostamento di visuale porta la concezione comune a coincidere qui, nelle sue conseguenze, con la vera e propria finzione giuridica (3). Essa

(1) Che questo sia il movente logico, che spinge a negare in casi di tal genere la possibilità di un annullamento, appare in forma particolarmente evidente presso W. Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908, pag 125.

(2) Cfr. Romanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 21, e ivi richiami. Per gli atti scritti, il rilievo risulta ancor più evidente, sol che si ponga mente che la redazione della volontà nello scritto è sempre un'operazione. Cfr. Carnelutti, *Sistema*, cit., II, pag. 98 seg.

(3) Che l'annullamento giuridico di un atto abbia alla sua base una finzione, risulta dalla concezione più attendibile Cfr. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 9.

coesiste e coincide cioè con quella funzione, in virtù della quale, al fine di farne scendere le conseguenze giuridiche che da tale situazione l'ordinamento fa derivare, l'atto in questione viene, *sub specie juris*, posto nel nulla, nel senso che viene, dal punto di vista giuridico, a esser collocato — naturalmente, stavolta, oltre che nei limiti del possibile materiale, anche nei limiti del possibile giuridico (1) — in una posizione non diversa da quella in cui si sarebbe trovato qualora non fosse mai venuto in essere.

Dopo l'esposizione, che poco di sopra si è venuta svolgendo, era necessario richiamare su questo punto l'attenzione. In fatti, se sul terreno degli atti esprimentisi attraverso una dichiarazione, appunto in conseguenza della coincidenza di cui si è parlato, si è, in dottrina e in giurisprudenza, generalmente rimasti più vicini, al meno nei riflessi pratici, all'esatto valore che al concetto dell'annullamento bisognava attribuire, sul terreno di quegli atti, che sono stati designati come fatti materiali, pare si sia invece caduti in non lievi impropriètà tecniche e in non indifferenti travisamenti concettuali. Tra questi, quello che qui va posto in prima linea, è indiscutibilmente costituito dall'idea che di un annullamento giuridico siano suscettibili i soli atti emessi in forma di dichiarazione, o addirittura i soli atti scritti (2).

Qui si viene a contatto di un evidente salto logico. Dalla coincidenza, alla quale si è fatto cenno, ci si è lasciati, in fatti, trascinare inconsciamente oltre. E, in relazione a quegli atti, nei confronti dei quali non si sono riconosciuti i requisiti richiesti perchè a loro riguardo potesse venire in questione un annullamento nel senso inteso dall'impiego terminologico non tecnico — e cioè in relazione

---

(1) Sull'efficacia dell'annullamento, e sui suoi limiti, cfr. Romanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 339 segg.; Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 211 segg.

(2) Delle gravi torsioni concettuali, in cui su questo terreno si incorre, è certo una significativa espressione la circostanza che il Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., non riesca a spiegare su quali basi, dopo aver enunciato il principio che l'invalidità è un fenomeno tipico degli atti giuridici (*passim*, e partic. pag. 33), e dopo aver riconosciuto che i così detti fatti amministrativi sono veri e propri atti giuridici (pag. 38), venga poi ad affermare, lasciandosi evidentemente influenzare soltanto dalla terminologia (e per di più da una terminologia niente affatto corretta), che essi, appunto perchè fatti e non atti amministrativi, siano insuscettibili di una invalidità (pag. 39 seg.) e di un annullamento (pag. 97).

a quegli atti, i quali non si estrinsecano mediante una dichiarazione, e sopra tutto mediante lo scritto —, senza avvedersi del passo falso, che, con l'effettuare un evidente trasferimento e una evidente sovrapposizione sul terreno giuridico di considerazioni e di presupposti di natura diversa, veniva per tal modo a compiersi, è stata affermata, volendo chiaramente muoversi sul terreno giuridico (ecco il salto logico), l'inammissibilità di un annullamento.

Questa la falsa riga, la quale ha condotto alla negazione dell'ammissibilità di un giuridico annullamento in relazione a tutti gli atti, i quali trovassero la loro esteriorizzazione attraverso un mezzo diverso dalla dichiarazione, e particolarmente diverso dallo scritto. E la critica di essa è da considerare implicita negli sviluppi che precedono.

Resta ora da affrontare la questione impostando il problema su basi di rigorosa tecnica giuridica.

È stato diffusamente spiegato che cosa bisogni correttamente intendere per annullamento giuridico di un atto. Dovrebbe quindi risultare abbastanza evidente come la circostanza che la veste concreta, sotto la quale un atto si sia presentato nella realtà fisica del mondo esterno, sia o meno materialmente eliminabile, non possa avere, sotto il riguardo che a noi interessa, alcuna rilevanza. Come è stato posto in luce, in fatti, la funzione dell'annullamento giuridico, il quale consiste semplicemente nella pronuncia costitutiva della giuridica inidoneità di un atto non rispondente ai principi alla legittima produzione degli effetti cui era rivolto, è indiscutibilmente ben diversa da quella che comunemente, nella concezione usuale, si suole ritenere: e certo non appare suscettibile di restare in alcun senso influenzata dalla veste formale dell'atto, della cui invalidità si tratti. Anzi, a tal proposito, pare opportuno avvertire, una volta per sempre, come quello giuridico sia proprio l'unico concetto, che si possa e si debba formulare dell'annullamento. In fatti, il concetto di annullamento, come quello che si basa su una finzione tecnica, va considerato come qualcosa di tipico, di caratteristico e di esclusivo di quel sistema tecnico, il quale, avendone bisogno per i suoi fini, formula e si avvale di tale finzione: e quindi non può trovare alcun corretto impiego su un terreno diverso da quello del diritto (1).

(1) Cfr. — in relazione al concetto di nullità in genere — Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., pag. 13. Ma si tratta di un rilievo di remota riogine. Cfr., a es., Altimarus, *Tractatus de nullitatibus*, Napoli, 1687, I,

Ma la tesi degna del maggior credito può contare su un argomento fondamentale, il quale è realmente in grado di colpire l'opposta opinione con una critica sostanziale di portata decisiva.

È ben noto che la forma, sotto la quale un atto si rivela nel mondo esterno, non rappresenta, se non la veste della quale l'atto risulta coperto. Altro è invece la sostanza dell'atto. Questa è il suo *che cosa;* quella è semplicemente il suo *come* (1). Il corollario di ciò è che l'essenza dell'atto — naturalmente entro certi limiti, che qui non importa precisare — non muta pur nel mutare della veste concreta, nella quale esso si manifesta. Un ordine o un'autorizzazione, di norma, sono sempre quello che sono, quale che possa essere la forma che li abbia rivelati nella realtà fisica.

Ora, non l'ultima delle ragioni dell'equivoco di quanti hanno negato che l'atto emesso in forma diversa dallo scritto o dalla dichiarazione sia suscettibile di venir annullato, è data appunto dal non aver tenuto sufficientemente conto di tale verità. Ciò è dipeso sopra tutto dalla circostanza che, nel parlare dei così detti fatti materiali, e particolarmente dei così detti fatti amministrativi, la dottrina sovente ha perduto di vista che qui, sotto una veste esterna diversa da quella più comune della dichiarazione e dello scritto, venivano generalmente in considerazione degli atti giuridici, i quali nella loro essenza per nulla differivano da quelli che di norma si estrinsecano sotto la forma della dichiarazione e dello scritto, o che al meno sono suscettibili di estrinsecarsi sotto tale forma. Essa cioè ha perduto di vista che qui veniva in considerazione una distinzione di portata meramente formale (2).

A chi invece consideri la categoria di quegli atti, che impropriamente sogliono venir compresi sotto il nome di fatti amministrativi, non può sfuggire che, sotto spoglie materiali diverse e più concrete, si sogliono qui celare molto sovente — e cioè tutte le volte che non si tratti di attività meramente esecutiva di una qualche pronuncia venuta antecedentemente in essere (si pensi, p. es., all'abbattimento di un muro o alla costruzione di una strada, in esecuzione di una formale ordinanza podestarile) — delle figure di atti amministrativi

---

pag. 6: « Nullitatis origo ab ipsa lege, cum ipsa orta est, statim ut civitates conditae et magistratus creati ».

(1) Cfr. Carnelutti, *Sistema*, cit., II, pag. 233; Lucifredi, *Alcuni rilievi sulla distinzione tra forma e contenuto degli atti, con particolare riguardo agli atti amministrativi;* nella « Riv. di dir. pubbl. », 1938, I, pag. 568.

(2) Si ricordi quanto è stato avvertito *sub* 1 nota.

per nulla differenti da quelle, le quali comunemente risultano rivestite della forma della dichiarazione. Si pensi, a es., che il gesto del vigile metropolitano, il quale nel levare un braccio arresta la circolazione urbana, o la lanterna rossa, la quale indica il divieto di transito su un tratto di strada aperta al pubblico, manifestano un ordine, non meno, nè diversamente da come lo manifesta, quando ricorra, un documento scritto. E si pensi ancora che il gesto del pubblico agente, il quale, d'urgenza, e senza che per ciò vi sia stata alcuna precedente pronuncia, colpisca a morte un animale sospetto, ha alla sua base un vero e proprio atto deliberativo, in nulla differente da quello che ricorrerebbe qualora — come di norma accade (1) — deliberazione ed esecuzione si fossero estrinsecati nel mondo esterno in due momenti separati, la prima sotto la forma, a essa propria, dello scritto, e la seconda sotto la forma, a essa propria, dell'operazione.

Per ciò, quando, in casi di tal genere, illegittimamente un'autorità avesse apposto su una strada aperta al pubblico un segnale di divieto di transito o di sosta, o quando illegittimamente fosse stato da un pubblico agente abbattuto un animale, ai fini di una pronuncia di annullamento non verrebbe certo in considerazione come invece sembra sia stato pensato da chi, di ciò preoccupato, ha negato l'annullabilità dei così detti fatti amministrativi — il segnale indicatore, o il gesto mediante il quale l'animale sia stato ucciso. Ciò che qui, come in ogni altro caso, va colpito dalla sanzione giuridica dell'annullamento, è la sostanza, e non la forma. Va annullato quindi l'atto, e non la veste concreta sotto la quale esso appare contenuto: e cioè, nelle rispettive ipotesi che si sono prospettate, va annullato, di volta in volta, il divieto di transitare, o la deliberazione di uccidere l'animale. Nè più, nè meno di come non si annulla il documento notarile, ma il testamento in esso contenuto, e non si annulla il documento redatto dal segretario comunale, ma la deliberazione podestarile in esso espressa; nè più, nè meno di come, nel caso di un ordine urgente emesso oralmente dal podestà, non si annulla il discorso, ma l'ordine in esso formulato (2).

(1) Cfr., per tutti, CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, nella « Giur. it. », 1905, IV, c. 57; ALESSI, *La responsabilità*, cit., pag. 76 seg.

(2) Risulta qui implicitamente la più decisiva critica di quel modo di ragionare, cui già ci si è riferiti, il quale dal carattere della ritirabilità, proprio ed esclusivo delle dichiarazioni, vorrebbe ricavare l'annullabilità dei soli atti posti in essere sotto forma di dichiarazione.

Naturalmente, nelle ipotesi che sono state prospettate, purtroppo, l'annullamento dell'atto non potrà valere a impedire che l'azione illegittima abbia ormai estrinsecato la sua operatività lesiva degli interessi dei privati. Anzi, nella seconda, tali conseguenze sono ormai materialmente (si noti bene: non economicamente, nè giuridicamente) irreparabili, in quanto hanno portato alla effettiva distruzione di un bene del privato. Ma, come più volte è stato ripetuto, l'impedire l'estrinsecazione materiale della forza lesiva dell'atto illegittimo non inerisce affatto all'essenza dell'annullamento. Questo, invece, col rendere attuale l'inidoneità giuridica di un atto a esplicare legittimamente l'azione cui mira, non varrà ad altro, che a determinare la situazione necessaria a che da tale inidoneità possano nascere le conseguenze, che a essa il diritto ricollega. Tali conseguenze, nelle ipotesi poc'anzi prospettate, saranno di carattere, di natura, di efficienza, ben diverse. In fatti, il riconoscimento dell'illegittimità di un divieto di transito su una strada aperta al pubblico potrà agire su di un atto, il quale non ha ancora materialmente esaurita tutta la sua operatività, e potrà quindi rimuovere un ostacolo giuridico frapposto a delle facoltà del privato non ancora estrinsecatesi (1). Invece la pronuncia dell'illegittimità dell'abbattimento di un animale — pronuncia ideologicamente conseguente all'annullamento dell'atto deliberativo dell'abbattimento stesso (2) — viene emessa nei confronti

(1) In questa ipotesi specifica – come del resto in tutti quei casi, in cui si viene a contatto di atti, i quali non ancora completamente *functi sunt officio suo* —, le conseguenze dell'annullamento potranno dunque essere, anche dal punto di vista pratico, più rilevanti; e avranno tutta la parvenza di essere molto più vicine, nei loro caratteri, a quelle dell'annullamento di un atto espresso a mezzo della dichiarazione. Anche stavolta, naturalmente, la forza del diritto non sarà tale da poter impedire che l'atto in questione venga con alcun mezzo portato materialmente a esecuzione. Ma, nè più, nè meno di come se si trattasse dell'annullamento di un atto scritto, bisogna convenire che anche qui si viene a contatto di una pronuncia, la quale, nell'affermare la giuridica inidoneità di un atto non ancora integralmente eseguito alla legittima produzione degli effetti cui si rivolge, per ciò stesso implica che, qualora esso dovesse, ciò non ostante, venir portato a esecuzione, lo sarebbe — con tutte le conseguenze che ne derivano – in modo non legittimo; e quindi implicitamente dissuade, in maniera particolarmente efficace, dal portarlo a esecuzione.

(2) Si ricordi come più sopra sia stato avvertito che — a meno che non venga in considerazione una deficienza tale, che non possa neppur parlarsi dell'esistenza di un atto amministrativo — un vizio di qualsiasi genere non può far altro che rendere annullabile l'atto amministrativo. E

di un atto, il quale ha ormai consumato tutta la sua operatività. Ma non per ciò quest'ultima pronuncia sarà meno efficiente, se bene oramai non sia in grado di far altro, che di mettere il privato in condizione di poter conseguire la riparazione del torto subito.

Quale che abbia a essere il risultato pratico ed effettivo in cui possano tradursi, le conseguenze giuridiche, che alla pronuncia di annullamento si collegano, stanno dunque in qualsiasi ipotesi a dimostrare il carattere e l'energia sempre efficiente che essa possiede, in qualunque materia e in qualunque stadio venga a esplicare sull'atto la sua azione.

Dagli svolgimenti condotti risulta che non esiste alcun serio fondamento in favore della tesi che un annullamento sia ammissibile soltanto in relazione ad atti venuti in essere sotto una certa specifica veste formale. Bisogna dunque concludere — e con ciò cade l'ultimo argomento contro l'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti — che gli elementi, i quali possono giuridicamente qualificare un atto all'annullabilità, non sono mai quelli formali, ma soltanto quelli sostanziali (1).

Nella convinzione della esattezza della tesi sostenuta consolida efficacemente un'ultima considerazione. Come si vedrà, se gran parte degli atti dell'autorità amministrativa devono venire espressi nello scritto, non pochi sono tuttavia quegli atti, pei quali non è richiesta alcuna formalità del genere. Comunque, nella prassi, molti di questi vengono del pari posti in essere in forma scritta. Ma si potrebbe allora affermare che atti della stessa specie siano a considerare o

---

si ricordi ancora come sia stato posto in evidenza che l'esecuzione di un atto amministrativo annullato si risolva in una illegalità, il cui fondamento risiede appunto nel non essere l'atto annullato giuridicamente idoneo a produrre legittimamente gli effetti cui era rivolto.

(1) Non importano alcuna deroga alla regola quei casi in cui la forma sia richiesta *ad substantiam actus* (v. *infra*, cap. seg., § 4). In tali casi, in fatti, per finzione giuridica, l'elemento formale viene assunto a elemento sostanziale.

È superfluo porre in guardia contro ogni confusione tra quelli che ho chiamati « elementi che possono giuridicamente qualificare un atto all'annullabilità », e quelle che vengono comunemente designate come « cause d'annullabilità » dell'atto giuridico. Queste ultime non sono altro che i così detti vizi. E, con riferimento al principio enunciato nel testo, a differenza di quanto si è avvertito per gli elementi che possono qualificare l'atto all'annullabilità, un vizio può ben dipendere dall'atteggiamento formale dell'atto.

non annullabili, a seconda che siano stati o non posti in essere in forma scritta? Se così fosse, si verrebbe implicitamente a riconoscere per vera la paradossale proposizione che l'azione dell'amministrazione verrebbe, al meno in tali ipotesi, a essere più libera e meno sindacabile, proprio in quei casi, nei quali, potendolo a suo libito, preferisse circondarsi di minori garanzie formali (1). E certo non urterebbe meno gravemente contro lo spirito del sistema l'esclusione dell'annullabilità di tutti gli atti, i quali non dovessero *ad substantiam* estrinsecarsi attraverso una espressa dichiarazione formale.

(1) Opportunamente è stato posto in rilievo dall'APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, 1927, pag. 536, che « les autorités publiques chercheraient en vain à échapper à la censure de leurs actes en les rendant insaisissables faute de preuve écrite ».

CAPO TERZO

1. **Analisi delle ipotesi nelle quali più facilmente è dato incontrare degli atti amministrativi non scritti, suscettibili di impugnativa giurisdizionale: *A*) in generale;**
2. ***B*) in particolare: *a*) gli atti orali;**
3. ***b*) le mere operazioni.**
4. **L'ipotesi in cui venga fatto oggetto d'impugnativa un atto non scritto posto in essere nel mancato rispetto della norma che lo qualificava come atto formale.**

1. - Attraverso l'analisi condotta nel capo precedente, si è pervenuti alla conclusione della giuridica irrilevanza della forma dell'atto amministrativo, in ordine al problema della sua impugnabilità. Quale che sia la sua forma, di un atto amministrativo è sempre concepibile un giuridico annullamento; e, come si è visto, nessun ostacolo possono rappresentare, per l'impugnabilità di un atto venuto in essere fuori di una forma determinata, quelle norme le quali parlano della notificazione del provvedimento impugnato, e quelle le quali esigono il suo deposito, in copia, presso la segreteria del magistrato competente al giudizio. Tanto più evidenti tali proposizioni appaiono, poi, quando si ponga mente a quei casi, nei quali l'amministrazione sia libera di emettere l'atto nella forma che meglio ritenga conveniente. In casi di tal genere non si potrebbe, in fatti, a nessun costo pretendere dall'amministrazione l'emissione dell'atto in una certa determinata forma. E, d'altra parte, sarebbe paradossale ammettere o negare qui l'impugnabilità dell'atto, a seconda che esso sia stato o non posto in essere in forma scritta.

Occorre ora — perchè meglio risulti la fruttuosità dell'indagine — cercare d'illustrare quelle ipotesi, nelle quali più facilmente è dato incontrare degli atti amministrativi, i quali, pur concretandosi in una forma diversa dallo scritto, appaiano tuttavia suscettibili di una impugnativa giurisdizionale.

Ai fini del nostro studio, non interessa qui addentrarsi nella nota questione se debba o non ammettersi l'esistenza di un principio

generale, in base al quale agli atti amministrativi andrebbe riconosciuto il carattere di atti formali (1). Piuttosto può interessare porre in evidenza come la forma scritta, anche quando non risulti richiesta da esplicite norme, e anche quando il suo impiego non risulti inequivocabilmente, se pur implicitamente, presupposto da disposizioni immediatamente rivolte ad altro fine (2), sia solita tornare, con frequenza che può ben farla considerare normale, nella prassi amministrativa. Per modo che — presenti o non presenti, tale forma, il carattere della necessarietà — non può a meno di riconoscersi la diffusione e la frequenza usuale degli atti amministrativi posti in essere nella forma scritta (3). E questo, anzi, anche col dar luogo a qualche formulazione legislativa dal punto di vista tecnico non irreprensibile (4), non è stato forse l'ultimo coefficiente degli equivoci, che sono corsi sul terreno dove presentemente ci si muove.

Se l'atto scritto si presenta però in diritto amministrativo con una frequenza di gran lunga più intensa, deve per altro riconoscersi come la stessa materia sia ricca di esempi di atti del pubblico potere posti in essere nelle forme più disparate. Anzi, non è certo senza significato a tal proposito ricordare come molte volte un atto amministrativo presenti i caratteri dell'atto formale pur in una forma diversa dallo scritto, e cioè come sia frequente il caso che un atto amministrativo debba, *ad substantiam*, presentarsi in una forma diversa da quella scritta. Basti, a es., pensare all'intimazione fatta dagli ufficiali di pubblica sicurezza, ai termini degli art. 23 e 24 del T U. di pubblica sicurezza, al fine di ottenere lo scioglimento di un'assemblea o di un assembramento.

Comunque — e il rilievo è essenziale — ai fini della nostra

---

(1) Sulla questione v. richiami in Lucifredi, *Forma scritta*, cit., pag. 421 seg.; Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937, pag. 195. Si tratta però di una questione, la quale, date le concessioni che entrambe le contrapposte teorie sono disposte a farsi, risulta in realtà, come ben è stato rilevato, assai meno grave di quanto possa a prima vista apparire (cfr. Lucifredi, *op. cit.*, pag. 422). Sul concetto di atto formale si veda ancora Lucifredi, *op. cit.*, pag. 423: esso ricorre ogni volta che la legge imponga per un qualche atto l'osservanza di una forma determinata.

(2) Sull'identità sostanziale dei due casi, v. Lucifredi, *Forma scritta*, cit., pag. 431 seg.

(3) Cfr. Lucifredi, *Forma scritta*, cit., pag. 425.

(4) Così è accaduto, a es., proprio per le norme relative alla giustizia amministrativa, le quali, come già si è osservato (*supra*, cap. prec., § 3), spesso fanno riferimento esclusivamente agli atti venuti in essere in forma scritta

indagine non interessa affatto la circostanza che gli atti, che vengono in essere in forma diversa dallo scritto, presentino o non, sotto tale veste, il carattere di atti formali, e cioè che richiedano o non *ad substantiam* la forma di cui sono rivestiti. La nostra ricerca si preoccupa, in fatti, unicamente di determinare se quegli atti, i quali risultino posti in essere in una forma diversa da quella scritta, siano comunque suscettibili di un'impugnativa innanzi ai giudici amministrativi. Essa guarda cioè esclusivamente alla forma sotto la quale concretamente ed effettivamente l'atto si sia presentato. E non si interessa quindi affatto della circostanza che avrebbe o non potuto correttamente presentarsi in una forma diversa. Piuttosto, pure a tal riguardo, c'è un'altra circostanza, della quale non può non tener conto: essa non può, in fatti, non prendere nella debita considerazione il fatto che l'atto, il quale si sia presentato sotto forma diversa dallo scritto, sia o non, nella sua effettiva veste formale, a considerare come veramente esistente dal punto di vista giuridico.

La trattazione rivolgerà quindi, in un primo momento, l'attenzione a quegli atti, i quali correttamente siano venuti in essere in una forma diversa dallo scritto — siano essi degli atti orali, siano delle mere operazioni —: senza far caso se la veste concreta, sotto la quale si siano rivelati nel mondo esterno, sia o non richiesta *ad substantiam*. In un secondo momento, invece, si volgerà in modo particolare a quegli atti, i quali, venuti in essere sotto una veste formale, diversa dallo scritto, siano in contrasto con una norma, che li qualifichi come atti formali.

Quest'ultima categoria di atti non merita, sotto l'angolo visuale che interessa al nostro studio, particolari considerazioni.

Maggiore attenzione richiede invece la prima.

Avanti di por mano all'analisi degli atti che in essa rientrano, non si può a meno di riconoscere però come gli atti del pubblico potere, nei quali generalmente sarà dato imbatterci nell'affrontarla, siano degli atti, i quali non rivestono, nella scala dei valori pratici, un'importanza di ordine primario, e, a ogni modo, non siano gli atti maggiormente decisivi, maggiormente impegnativi e maggiormente significativi nella vita e nell'azione della pubblica amministrazione.

Ciò è facilmente spiegabile. La complessità dell'organizzazione amministrativa, con la sua distribuzione di funzioni e di compiti tra loro sempre necessariamente interferenti — tra cui, fondamentale e caratteristica, quella che esiste tra organi deliberativi e organi ese-

cutivi —, con la sua scala di gerarchie, col suo rigoroso sistema di sindacati, viene a determinare la necessità, o, dove questa manchi, per lo meno l'opportunità, che l'azione dei pubblici agenti, anche quando non venga posta in essere da un collegio, o comunque da un organo composto (1), e anche quando non esista alcuna disposizione, esplicita o implicita, in tal senso, venga, nella fase deliberativa, a tradursi, di norma, nello scritto. Questa è, in fatti, la forma, la quale più e meglio si addice al bisogno, che può dirsi normale, che la deliberazione amministrativa venga, ancor prima della sua esecuzione, portata, per le specifiche e varie esigenze che di volta in volta lo impongono, a conoscenza di una molteplicità di agenti, vuoi inquadrati nella pubblica amministrazione, vuoi a essa estranei; ed è quella che meglio vale a fissare, a tutti i fini, nel tempo e nello spazio, attraverso la sua documentazione, l'azione dell'autorità.

Riesce per ciò comprensibile come, per norma, sia difficile incontrare degli atti non scritti, fuori del caso dell'azione meramente esecutiva di deliberazioni precedentemente prese, e fuori del caso di quegli atti, la cui forza operativa, senza alcun contatto — vuoi di tramite, vuoi di cognizione, vuoi di controllo, vuoi di qualsiasi altro genere — con altri agenti, venga estrinsecata in modo diretto, immediato e definitivo dal soggetto operante nei confronti del destinatario. In seno a questa seconda categoria hanno particolare rilievo, in generale, tutti quegli atti, pei quali il momento deliberativo e quello esecutivo coincidono nel tempo e nello spazio, e, in particolare, quei provvedimenti d'urgenza, i quali — per le specifiche esigenze del momento — si manifestano in forma orale, o addirittura attraverso lo stesso atto della loro esecuzione. Comunque, si rileva di leggieri come gli atti, che qui vengono in considerazione — e l'osservazione, al meno per ciò che riguarda l'aspetto quantitativo della questione, vale anche pei provvedimenti d'urgenza —, non siano certi quelli, i quali, in seno all'azione della pubblica amministrazione, assumano l'importanza più decisiva.

Il rilievo è di immediata evidenza per ciò che riguarda gli atti a carattere meramente esecutivo: essi, in fatti, senza esplicare alcuna azione di iniziativa, si risolvono semplicemente nell'attuazione ma-

(1) Tale sarebbe quello in seno al quale un agente primario deliberi e un agente secondario rediga nello scritto la deliberazione. Si pensi, a es., alla partecipazione del segretario comunale alla deliberazione podestarile. Sulla natura di tale partecipazione, cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., pag. 234

teriale di una volontà già precedentemente formata e formulata. Per ciò che riguarda l'importanza minore, che, nel quadro della vita e dell'azione dell'amministrazione, rivestono, quegli atti, i quali vengono dall'agente emessi in modo diretto, immediato e definitivo nei confronti del destinatario, testimonia invece sufficientemente, oltre che la stessa circostanza del minor numero di garanzie formali e sostanziali da cui vengono circondati, sopra tutto la circostanza che si tratta, di massima, di quegli atti, i quali risolvono i problemi e le necessità di ogni giorno, che gli organi, i quali sono alla base della piramide amministrativa, vengono chiamati ad affrontare nei comuni rapporti col pubblico. Quanto ai provvedimenti d'urgenza, in fine, è inerente alla loro stessa natura il carattere della eccezionalità, il quale implica che soltanto in ipotesi straordinarie essi vengono in essere, e che non toccano quindi la vita normale dell'amministrazione.

La nostra analisi trascurerà logicamente gli atti di mera esecuzione. Come si sa, in fatti, non risolvendosi — quando l'esecuzione sia realmente conforme alla deliberazione (1) — che nella esecuzione di deliberazioni venute precedentemente in essere, essi non sono, come tali, suscettibili di venir impugnati innanzi ai tribunali amministrativi. Il ricorrente avrebbe dovuto diligentemente erigersi a tutela dei propri interessi fin dal momento, in cui ebbe conoscenza dell'atto, della cui esecuzione ora si tratta. Non avendolo fatto, è venuto a incorrere nelle gravi conseguenze dei rigorosi termini di decadenza stabiliti nel sistema della nostra giustizia amministrativa (2). E questi verrebbero a essere elusi, qualora si ammettesse la possibilità di impugnare l'atto, mediante il quale viene ora portata a esecuzione la deliberazione a suo tempo presa e non impugnata in termini. L'oggetto, per cui ora si ricorrerebbe, non sarebbe, in fatti, diverso da quello, per cui allora si sarebbe avanzata l'istanza.

Se dunque, sul terreno che a noi interessa, dei veri e propri atti di esecuzione potranno venire in considerazione ai fini della possibilità di un'impugnativa innanzi agli organi della giustizia am-

(1) Naturalmente non altrettanto potrebbe dirsi pel caso in cui l'atto esecutivo non si uniformasse a quello deliberativo. In un caso di tal genere esso avrebbe alla sua base un vero e proprio momento deliberativo, di norma illegittimo.

(2) Il principio è pacifico in dottrina e in giurisprudenza. Cfr. ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 219 seg., e ivi richiami giurisprudenziali, *sub* nota 1.

ministrativa, essi potranno ricorrere esclusivamente in quei casi, in cui degli atti amministrativi trovino la loro prima estrinsecazione nel mondo esterno al momento stesso di venir portati a esecuzione, e cioè attraverso la loro esecuzione (1). In fatti, in casi di tal genere, prima del momento della esecuzione non è esistita alcuna pronuncia deliberativa separata e distinta dall'atto di esecuzione, la quale già *ex se* avrebbe potuto e avrebbe dovuto venir presa a oggetto di un'impugnativa.

Tali atti ricoprono indubbiamente, in seno alla categoria che il presente studio considera, un ruolo di particolare importanza. Accanto a essi, e nello stesso gruppo, vanno inquadrati tutti gli altri atti, i quali comunque si estrinsechino attraverso una mera operazione, positiva o negativa: e tra essi, ben spesso, dei provvedimenti d'urgenza.

In un altro gruppo vanno invece inquadrati tutti quegli atti, i quali si estrinsechino attraverso una dichiarazione orale. E anche sotto tale veste si incontrano ben spesso dei provvedimenti d'urgenza.

Per una analisi del genere di quella che formerà oggetto del presente capo, sarebbe certamente di fondamentale ausilio la giurisprudenza. Purtroppo, però, — ove si escludano le decisioni, al confronto più che abbondanti, cui ha dato luogo il così detto silenzio rifiuto della pubblica amministrazione — la giurisprudenza è in materia scarsissima. E le ragioni sono facilmente individuabili. Innanzi tutto, è da tener presente la minore importanza pratica, che di norma è propria di quegli atti, i quali di solito vengono in essere in una forma diversa dallo scritto. Tale circostanza, in fatti, unita con quella per cui spesso gli atti del genere che qui viene in questione vengono posti in essere nell'esercizio di un potere ampiamente discrezionale, il quale li rende scarsamente sindacabili da parte del giudice (2), e con quella per cui non di rado sono suscettibili di venir sottoposti al gravame gerarchico (3), il quale determina sempre l'emissione di un atto scritto, fa sì che ben rare siano le volte, che il cittadino si possa sentire spinto all'impugnativa giurisdizionale di un atto non scritto. D'altronde, quelle volte che il privato potrebbe veramente avere su questo terreno un interesse giuridico da far valere

(1) Tale è anche — *mutatis mutandis* — il caso prospettato *sub* nota 1 a pag. prec.

(2) Si pensi, p. es., all'azione mediante la quale l'autorità di pubblica sicurezza provvede a chiudere un locale o a sciogliere un assembramento.

(3) V., p. es., l'art. 6 del T. U. di pubblica sicurezza.

in via contenziosa, si tratta ben spesso di questioni, le quali presentano un interesse pratico talmente scarso, da dissuaderlo da ogni iniziativa del genere (1). Ma una, sopra tutte, è la ragione, la quale ha fatto sì che in materia la giurisprudenza restasse scarsissima. Ed è da ricercare nella stessa prassi giurisprudenziale. Questa, con troppo rigore, quando si è trovata di fronte ad atti non tradotti nello scritto, ha insistito sulla necessità inderogabile — per esprimersi nei termini da essa impiegati — di «provocare il provvedimento». Per modo che, di massima, è venuta a escludere l'impugnabilità di ogni atto non scritto, che non fosse il silenzio serbato dall'autorità a seguito dell'istanza dell'interessato rivolta a «provocare il provvedimento» (2). Era logico che da ciò le parti traessero, nel proprio interesse sostanziale e processuale, le conseguenze. Edotte dal sistema instaurato dalla giurisprudenza, esse, per norma, non hanno preso a oggetto d'impugnativa, se non gli atti comunque tradotti nello scritto e il silenzio serbato dall'autorità nei confronti delle loro istanze rivolte a ottenere un atto del genere. E ciò naturalmente si è risolto in una quasi completa mancanza di giurisprudenza nella materia che a noi interessa.

La scarsità dei precedenti dottrinali e giurisprudenziali non è però una circostanza, che possa togliere valore all'indagine. Nè a sminuire l'interesse teorico di essa può valere l'esiguità del numero dei casi concreti, che potranno venir toccati dai frutti della ricerca. Tale interesse, in fatti, non sarebbe certo minore, pur quando i casi del genere non dovessero essere più di uno. Del resto, va rilevato che, se il loro numero non è molto elevato, esso non è poi addirittura minimo. Nè tra i casi che possono venire in questione ne mancano alcuni, i quali presentino una maggiore rilevanza anche ai fini pratici: basti pensare — non fosse altro — ai provvedimenti d'urgenza. D'altronde, poi, quando ogni diverso risultato dovesse mancare, l'interesse della ricerca sarebbe parimenti elevato, non fosse altro, che pel contributo, che essa è in grado di recare al fine di trovare un adeguato fondamento dogmatico all'ammissione dell'impugnativa della manifestazione tacita di rifiuto della pubblica amministrazione, la quale

(1) Varrebbe, a es., la pena di impugnare innanzi alla G. P. A. l'ordine espresso col gesto, mediante il quale il vigile urbano abbia arrestato la circolazione?

(2) V., da ultimo, *Cons. di Stato, IV sez.*, 14 aprile 1939, nella «Riv. di dir. pubbl.», 1939, II, pag. 256; 15 novembre 1939, *ivi*, 1940, II, pag. 33, e in generale la giurisprudenza richiamata *sub* nota 2.

fin quì, senza alcuna spiegazione, suole comunemente venir considerata come una vera e propria anomalia.

2. - Secondo l'ordine già profilato, passiamo ora definitivamente all'analisi. E prendiamo le mosse dagli atti orali (1).

In relazione a questi, si può subito osservare come sia difficile imbattersi in atti, pei quali risulti prescritta come necessaria la forma orale, e nei confronti dei quali appaia ammissibile pensare a una impugnativa innanzi ai giudici amministrativi Non sono rari, in vero, i casi, che la dottrina suole ricordare, di atti formali, pei quali la veste prescritta dall'ordinamento è proprio quella orale (2). Ma si tratta, ora per una ragione, ora per un'altra, di atti nei confronti dei quali non è facile concepire una diretta impugnativa innanzi ai tribunali amministrativi Così, p. es., la pronuncia, necessariamente orale, mediante la quale l'ufficiale dello stato civile dichiara i nubenti uniti in matrimonio (art. 105 del libro I del cod. civ.), non è certo un atto, del quale possano esser competenti a giudicare i tribunali amministrativi. E alcune ingiunzioni verbali, nelle quali, a norma di legge, necessariamente si concretano certi provvedimenti dell'autorità, non sono – dato il loro carattere non definitivo — suscettibili di venire *ex se* portate all'esame dello stesso giudice. Così, p. es., il giudice amministrativo non può venire adito mediante un'impugnativa diretta immediatamente contro le distinte intimazioni formali, nelle quali, ai termini dell'art. 23 del T. U. di pubblica sicurezza, si traduce l'ordine di sciogliere un assembramento: perchè, salvo contraria disposizione di legge, contro i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza è sempre ammesso il ricorso gerarchico (art. 6 del T. U. cit.).

Casi di atti orali, suscettibili per la loro sostanza di venire in questione per una impugnativa giurisdizionale, non mancano però fuori del campo degli atti formali.

Qui non conviene indugiarsi in un'analisi diffusa. Essa dovrebbe, in fatti, estendersi all'esame di molti atti, in relazione ai quali, causa

---

(1) Sulla loro impugnabilità, cfr., nella dottrina francese APPLETON, *Traité élémentaire*, cit., pag. 536, il quale opportunamente osserva che « il pourra y avoir des difficultés à établir l'existence de la décision ou son contenu veritable; mais c'est là uniquement une question de preuve ». V., a tal proposito, anche la giurisprudenza da lui richiamata.

(2) V., p. es., LUCIFREDI, *Forma scritta*, cit., pag. 441.

la scarsa importanza pratica che rivestono nel movimento dei rapporti sociali, si presenta inevitabilmente ben limitato — come quello che non trova una adeguata spinta suscitatrice nei rapporti concreti della vita — l'interesse a un problema dell'impugnabilità. Tuttavia, pur a volersi limitare a quei casi, i quali presentano un maggiore interesse pratico, bisogna riconoscere che anche il loro numero non è esiguo. Basti por mente alla possibilità che uno dei commissari, addetti alla sorveglianza durante lo svolgimento di una prova di esami, intimi, per ragioni disciplinari o altro, a uno dei candidati, di allontanarsi dall'aula degli esami (1). Basti riferirsi, in generale, alla frequenza degli ordini orali. E basti, sopra tutto, pensare a quei casi, spesso involgenti notevoli interessi materiali, in cui la circostanza dell'urgenza, la quale, per la sua stessa essenza, non ammette dilazioni di sorta — tanto meno se dovute a esigenze di carattere formale —, consiglia l'impiego della forma orale nell'emissione dell'atto che s'impone (2).

Una disposizione a tal proposito merita particolare considerazione ai fini del nostro studio. Ed è l'art. 20, 2. cpv., del T. U. 8 dicembre 1933, n. 1740, per la tutela delle strade e per la circolazione. Esso dispone che, nella fattispecie che disciplina, « l'esecuzione d'ufficio può essere ordinata *immediatamente* e senza bisogno di diffida al contravventore, nei casi d'urgenza, o se il contravventore non sia conosciuto ». Tale norma, dunque, col riconoscere, nella fattispecie specifica, la possibilità di emanare *immediatamente*, e senz'altro, un ordine, oltre che nel caso dell'urgenza, anche in un altro caso espressamente ipotizzato, senza prescrivere, o al meno presupporre, per nessuno

---

(1) Cfr. l'art. 36, 1. cpv., del R. D. 30 dicembre 1923, n. 2960, sullo stato giuridico degli impiegati civili delle amministrazioni dello Stato. Veramente l'art. 38 dello stesso decreto dispone che « di tutte le operazioni dell'esame si redige, giorno per giorno, un processo verbale ». Ma, quando ben si consideri la relazione che corre tra l'atto e il processo verbale, la quale non è affatto una relazione tra sostanza e forma (cfr. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., nota 16 a pag. 238), non potrà non convenirsi che ciò non vale affatto a escludere che l'ordine, mediante il quale il candidato viene espulso dall'aula, sia un atto orale.

(2) Sulla libertà di forma degli atti d'urgenza, e sulla loro suscettibilità di venir emessi oralmente, si veda, nella dottrina, BONAUDI, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, 1907, pag. 275 segg.; e, nella giurisprudenza, *Cassaz. Roma, Sez. Un.*, 26 luglio 1902, nella « Giur. it. », 1902, I, *1*, c. 919; 28 novembre 1917, nella « Giur. amm. », 1918, pag. 27.

dei due casi, alcuna forma particolare, consente implicitamente per entrambi la forma orale, la quale, anzi, nell'ipotesi pare ben adeguata alle necessità concrete. Si tratta quindi di una disposizione, la quale fornisce un significativo esempio, sia in relazione alla categoria degli ordini orali, sia in relazione alla categoria, in genere, dei provvedimenti d'urgenza orali.

Ma non pochi altri esempi, in relazione a entrambe le categorie, potrebbero esser richiamati. In relazione alla prima, basti ricordare che è un ordine quello che dà il vigile urbano, quando dice di non sostare su un determinato tratto della pubblica strada, ed è un ordine quello che eventualmente l'autorità dia oralmente, a che vengano recisi i rami di alberi posti su fondi privati e sporgenti su una pubblica strada (art. 75, l. cpv., della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. *F*., sui lavori pubblici). E, in relazione alla seconda, basti riferirsi, a esempio, all'ordine orale, che il podestà dia, a che vengano immediatamente rimosse le pietre ornamentali, le quali, collocate innanzi all'ingresso di un palazzo privato, costituiscano un impedimento al transito di un veicolo, rimasto a causa di esse immobilizzato (1); e basti ricordare come frequenti siano nella nostra legislazione le ipotesi di provvedimenti d'urgenza: si pensi soltanto ai principi generali contenuti negli art. 19, 4. cpv., e 55 del T. U. com. e prov.; e si ricordi qualcuna soltanto delle disposizioni contenute in leggi speciali, come, a es., l'art. 378 della citata legge sui lavori pubblici, il quale prevede la possibilità che, nei casi d'urgenza, il prefetto faccia eseguire *immediatamente* d'ufficio i lavori per la riduzione in pristino stato, tutte le volte che delle contravvenzioni alla legge stessa abbiano alterato lo stato delle cose.

Dagli svolgimenti condotti nel capo precedente dovrebbe risultare sufficientemente dimostrato che nessun argomento teorico potrebbe, contro la sua impugnativa giurisdizionale, venir validamente ricavato dalla oralità della forma, sotto la quale un atto si sia presentato nel mondo esterno. E dalla breve analisi che precede risulta quali siano le ipotesi, in cui più di frequente ci si possa venire a trovare a contatto di atti amministrativi orali, in relazione ai quali possa eventualmente esser dato riscontrare un interesse all'impugnativa giurisdizionale. Tali ipotesi, come si è visto, non sono però tante. Nè l'interesse materiale, che in esse ricorre, presenta, di norma,

(1) Il caso si è effettivamente presentato all'esame della giurisprudenza. Cfr. la seconda delle decisioni cit. *sub* nota prec.

grande rilievo. Ciò, come pure è stato osservato, dipende in gran parte dal fatto che, proprio dove l'interesse materiale comincia ad assumere una intensità maggiore, l'autorità, pur libera nella scelta della forma, suole orientarsi verso quella scritta.

Si spiega dunque bene se i tribunali amministrativi molto di rado siano stati chiamati a giudicare di un atto orale portato direttamente e immediatamente innanzi a essi (1). D'altronde, pur quando si è trovato di fronte a casi del genere, il giudice amministrativo — preoccupato da una parte del problema teorico, e dall'altra delle conseguenze pratiche — ha talvolta cercato di scantonare, e di evitare, per le vie traverse che l'ipotesi di fatto gli consentiva, la questione dell'ammissibilità dell'impugnativa (2). Era quindi logico che, di fronte all'atteggiamento rigido ed ermetico del giudice, il privato, il quale ben poco poteva sperare di conseguire dalla sua intransigenza (3), preferisse di solito astenersi dall'impugnativa degli atti orali.

E quel che è più singolare e più significativo, è che, se qualche rara volta — e per di più in circostanze non perfettamente chiare (4) — il giudice amministrativo si è pronunciato non sfavorevolmente all'impugnabilità di un atto orale, ciò ha fatto esclusivamente in ipotesi, in cui non veniva innanzi a esso presentemente impugnato quel provvedimento; e lo ha fatto anzi proprio

---

(1) V., a es., la decisione del *Cons. di Stato, IV. sez.*, 14 agosto 1925, nel «Foro amm.», 1925, I, *1*, c. 387, la quale ritenne inammissibile il ricorso prodotto contro un provvedimento, che si assumeva essere stato comunicato verbalmente. Tuttavia nell'ipotesi specifica non risultava assolutamente certa l'emanazione dell'atto, e pareva certo che, anche se emesso, esso sarebbe stato dalla stessa autorità revocato.

(2) Cfr. la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 7 giugno 1935, nella «Riv. di dir. pubbl.», 1935, II, pag. 443. È da ricordare in proposito come, nello stesso giudizio, in prima istanza la G. P. A. avesse dichiarato l'inammissibilità del ricorso. La redazione della Rivista, invece, nel commentare la decisione citata, pur affermando che innanzi agli organi della giustizia amministrativa non possano venir impugnati, se non degli atti scritti, pare per altro propensa ad ammettere, per analogia col caso del silenzio rifiuto, la possibilità dell'impugnativa di un atto orale.

(3) V., in fatti, la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 27 settembre 1929, nella «Riv. di dir. pubbl.», 1929, II, pag. 526, già ricordata *sub* nota 1 a pag. 23.

(4) Veniva, in fatti, in questione un atto orale, del quale l'amministrazione aveva assunto per iscritto la difesa in giudizio.

al fine di farne discendere l'inammissibilità del ricorso innanzi a esso presentato nell'ipotesi specifica che veniva all'esame (1).

In fondo, anche i casi di provvedimenti d'urgenza emessi in forma orale, che sono stati portati all'esame del giudice amministrativo, non sono stati tanti. Causa non ultima di ciò è che, di norma, pur quando debba provvedere d'urgenza, l'autorità preferisce redigere nello scritto la propria determinazione. Comunque, però, è di vitale interesse il rilevare in proposito come, in sostegno della tesi della non impugnabilità giurisdizionale di un atto non tradotto in un documento, la giurisprudenza dovrebbe avere, in materia di provvedimenti d'urgenza — pei quali, come è noto, non esiste alcun vincolo formale —, ben scarsi appigli, di fronte al chiaro disposto di qualche testo legislativo di portata generale, che espressamente prevede su essi il sindacato del giudice amministrativo. Basti pensare all'art. 55, ult. cpv., del T. U. com. prov., il quale deferisce alla G. P. A. il ricorso, anche nel merito, contro i provvedimenti d'urgenza emessi dal prefetto e dal podestà in base ai poteri a essi conferiti dallo stesso articolo (2). E basti ancora riferirsi all'art. 27, n. 15, del T. U. sul Cons. di Stato, il quale deferisce al Consiglio di Stato il ricorso, anche nel merito, contro i provvedimenti presi dal prefetto ai termini dell'art. 378 della legge sui lavori pubblici. Né — si noti bene — si tratta di norme, che il legislatore ha voluto espressamente formulare appunto perchè in contrasto con la regola generale dell'impugnabilità dei soli atti scritti, e quindi, in tal senso, di carattere eccezionale. Perchè la loro espressa formulazione risulta, in tali casi, esclusivamente dovuta alla circostanza che al giudice amministrativo viene ia esser deferita, nelle ipotesi specifiche in questione, una competenza, oltre che di legittimità, anche di merito.

3. - Passiamo ora a considerare gli atti amministrativi posti in essere addirittura in forma diversa dalla dichiarazione. Neanche alla loro struttura ripugna affatto l'impugnativa. Basti por mente che non mancano espresse disposizioni, che ammettano contro atti del genere il ricorso gerarchico (art. 2 e 6 del T. U. di pubblica sicurezza). Nè esiste alcun principio, il quale esiga un trattamento diverso per l'impugnativa giurisdizionale.

(1) *Cons. di Stato, V sez.*, 16 luglio 1933, nel « Foro amm. », 1933, I, 2, c. 181.

(2) V., in fatti, la seconda delle decisioni cit. *sub* nota 2.

Ben frequenti sono le ipotesi, in cui un atto amministrativo, per la sua stessa natura, si presenta sotto la veste dell'operazione, senza che in relazione a esso sia neppur concepibile la possibilità di presentarsi in forma di dichiarazione. Il fenomeno ricorre ogni volta che vengono in questione gli atti di carattere esecutivo. Tra questi però, come già si è visto, non sono suscettibili d'impugnativa gli atti di mera esecuzione. L'ammissibilità di un'impugnativa di un atto di esecuzione può dunque venire in questione unicamente in quei casi, in cui proprio attraverso l'atto esecutivo l'azione amministrativa trova la sua prima estrinsecazione. Se non che, dato il sistema delle garanzie, di cui il diritto è solito circondare l'azione del pubblico potere, non può certo dirsi che i casi del genere siano molto frequenti. Fuori dell'ipotesi in cui il fenomeno sia di natura patologica — fuori cioè dell'ipotesi, in cui la mancanza di una fase deliberativa anteriore alla fase esecutiva sia dovuta a una illegalità (si pensi, a es., a una occupazione temporanea di immobili, senza previo decreto) —, e fuori del caso, in cui sia la circostanza dell'urgenza a consigliare di superare ogni formalità e di portare direttamente alla fase esecutiva il provvedimento che s'impone (si pensi, a es., al caso, difficile ma non assurdo, del podestà, il quale, riconosciutane l'urgente necessità, provveda egli stesso a portare a effetto il provvedimento di polizia che nella contingenza s'imponga), non molte altre volte, in fatti, è dato trovarsi a contatto del fenomeno. E, quelle volte che si viene a contatto di esso, si tratta per lo più di operazioni, le quali vengono poste in essere da agenti dotati di funzioni meramente di ordine, e comunque di atti, i quali non hanno una sensibile e decisiva importanza nella vita dell'amministrazione. Anzi è appunto tale circostanza quella che fa sì che qui manchi l'esigenza inderogabile di un atto deliberativo formalmente distinto dall'atto esecutivo. Come esempi si possono citare un impedimento di transito mediante deposito di materiali su una pubblica strada, in contrasto con l'art. 28 della legge sui lavori pubblici, o addirittura la sclassificazione di una strada, implicita nella distruzione di essa (1); l'operazione mediante cui viene abbattuto un muro sottostante a un fondo prospiciente su una strada nazionale (art. 27, n. 12, del T. U. sul Cons. di Stato); nonchè i

(1) Sull'impugnabilità dell'atto di sclassificazione di una pubblica strada più di una volta la giurisprudenza ha avuto occasione di pronunciarsi. V., p. es., *Cons. di Stato, V sez.*, 27 aprile 1934, nel «Foro amm.», 1934, I, 2, c. 187.

non pochi altri casi che la materia della polizia stradale può offrire (v., p. es., l'art. 21 del T. U. per la tutela delle strade e per la circolazione).

Se, però, sul terreno che presentemente si batte, un posto preminente, tra gli atti emessi in forma diversa dalla dichiarazione e suscettibili d'impugnativa giurisdizionale, spetta a quelli, i quali si esteriorizzano la prima volta al momento di venir portati a esecuzione, altri non ne mancano. Basterà ricordare, come esempi d'immediata evidenza, un segnale di divieto di transito posto su una strada aperta al traffico, o, ancor più, il provvedimento implicito nell'operato dell'amministrazione che tenga in servizio un impiegato non nominato formalmente (1).

Fin qui è stato preso in esame il caso dei provvedimenti venuti in essere sotto forma di mera operazione a carattere positivo. L'analisi verrà ora portata su quei casi — più frequenti —, in cui un problema dell'impugnabilità giurisdizionale venga a porsi in relazione a mere operazioni a carattere negativo, e cioè in relazione a quelle ipotesi, in cui l'amministrazione serbi contegno omissivo (2).

Come è noto, la giurisprudenza è stata in genere larga nell'ammettere l'impugnabilità di quello che, con termine tecnico, si designa come il silenzio della pubblica amministrazione. Tuttavia, anche fuori di questa specifica ipotesi — sulla quale tra breve ci fermeremo in particolare (3) —, altre non ne mancano, in cui viene

(1) La giurisprudenza, come è noto, ammette che l'esercizio di funzioni impiegatizie, anche senza nomina formale, produce effetti giuridici a favore dell'impiegato. Cfr., p. es., *Cons. di Stato, V sez.*, 26 maggio 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 442.

(2) Come esattamente è stato posto in evidenza, soltanto l'omissione — la quale consiste in una inazione in relazione a una attività cui il soggetto sia comunque tenuto —, e non anche la mera inazione, può costituire una forma di attività — sia pure negativa —. Nel caso di un comportamento passivo, non può, in fatti, parlarsi di *attività* — dato che l'attività è sempre in funzione di una volontà —, se non quando tale comportamento rappresenti la trasgressione di un obbligo. Cfr. ALESSI, *La responsabilità*, cit., I, nota 6 a pag. 74. Non pare invece possibile aderire — in conformità di tutto lo svolgimento dell'indagine — all'affermazione, dallo stesso autore formulata, secondo cui una omissione, per poter assurgere ad atto amministrativo, dovrebbe essere formale ed espressa.

(3) Con ciò non si vuole però affatto concepire una diversità di natura nel caso di quella che comunemente suole venir designata col nome di

in questione un fenomeno di inazione della pubblica amministrazione, al quale non può venir contestato il carattere di vero e proprio atto amministrativo. Basti riferirsi a tutti i casi, in cui comunque la pubblica amministrazione abbia mancato al momento dovuto di provvedere in adempimento di un proprio specifico obbligo ben circostanziato nel tempo e nello spazio (1). Si ricordi, a es., l'ipotesi del mancato avanzamento, cui un impiegato abbia diritto quando abbia maturato una determinata anzianità, o quando si siano prodotte certe determinate vacanze (2); l'ipotesi del mancato inquadramento di un avventizio in pianta stabile, dopo trascorso il periodo previsto dalle disposizioni vigenti in materia (3); l'ipotesi della mancata iscrizione di chi vi abbia diritto in un albo professionale (4).

Voler affermare anche in casi di tal genere (5), come comunemente si fa, la necessità di « provocare il provvedimento », e

---

dichiarazione tacita, e nel caso di quello che si suole designare come silenzio (in tal senso v., invece, ZANOBINI, *Corso*, cit., I, pag. 319; FRAGOLA, *La dichiarazione tacita*, cit., pag. 53). Anche il silenzio, in fatti, quando sia tale, che in esso si possa riconoscere un atto giuridico — e solo in questo caso viene qui in rilievo —, è una vera e propria manifestazione tacita.

(1) In tal senso si esprime, relativamente a quei casi in cui « l'Autorità non provveda a norma di legge entro il termine da questa fissato », il BORSI, *La giustizia*, cit., pag. 194 seg., il quale pure è uno dei più strenui assertori del principio che, per l'impugnativa di un atto amministrativo, « di regola non basta l'omissione », ed è uno dei maggiori oppositori di quella tendenza, la quale vorrebbe estendere i casi del silenzio impugnabile oltre le ipotesi espressamente previste dal legislatore.

(2) Cfr., per quanto riguarda il primo caso, p. es., l'art. 140 del R. D. 30 gennaio 1941, n. 12, sull'ordinamento giudiziario; per quanto riguarda il secondo caso, p. es., l'art. 33, 1. cpv., della L. 9 maggio 1940, n. 370, sull'avanzamento degli ufficiali del regio esercito. In casi di tal fatta, la giurisprudenza non ha esitato ad affermare — secondo il suo sistema — la mancanza di un atto amministrativo. Cfr., p. es., *Cons. di Stato, IV sez.*, 22 giugno 1938, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1938, II, pag. 663.

(3) Si veda la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 18 luglio 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 554.

(4) Cfr., per quanto riguarda l'iscrizione nel registro dei praticanti procuratori, l'art. 3 del R. D. 22 gennaio 1934, n. 37, sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore.

(5) Oltre quelli riferiti nelle note che precedono, non pochi altri esempi potrebbero venir citati. Qui basterà dare indicazione di qualcuna soltanto

voler anche per essi parlare della necessità di una intimazione rivolta a mettere l'amministrazione in mora (1), si risolverebbe, di fronte alla già avvenuta violazione, da parte di essa, di un obbligo specifico e determinato nel tempo, e talvolta di fronte all'esplicita determinazione legislativa in senso contrario (2), un un'autentica petizione di principio. Non esiste, in fatti, alcuna particolare ragione, perchè non trovi qui applicazione la nota antica massima « *dies interpellat pro homine* », alla quale, espressamente sancita nel codice civile, non possono venir disconosciute le caratteristiche di un principio generale (3). Quando l'amministrazione abbia trasgredito un suo obbligo a termine fisso, il provvedimento è insito nella stessa

---

delle disposizioni legislative, che interessano la materia. Cfr. l'art. 9 e l'all. III del R. D. 11 novembre 1923, n. 2395, modif. del R. D. 30 dicembre 1923, n. 3084 e dal R. D. L. 8 maggio 1924, n. 843; gli art. 87, 89, 91 del R. D. 30 dicembre 1923, n. 2960; gli art. 18, 20, 56 della L. 9 maggio 1940, n. 369.

(1) In tal senso sono, in genere, la dottrina (cfr., per tutti, MONTAGNA, *Il silenzio*, cit., pag. 406; RESTA, *Il silenzio*, cit., pag. 119), e la giurisprudenza (v., tra le decisioni più recenti, *Cons. di Stato, IV sez.*, 14 aprile 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 256; 15 novembre 1939, *ivi*, 1940, II, pag. 33; oltre, in generale — e particolarmente la dec. della *V sez.*, 19 gennaio 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1934, II, pag. 141 —, la giurisprudenza ricordata *sub* nota 2 a pag. 25 seg.; particolarmente esplicita è in tal senso la *Relazione del Presidente*, cit., II, pag. 732). V. tuttavia, in senso non difforme dalla soluzione accolta nel testo, *Cons. di Stato, V sez.*, 27 agosto 1932, nel « Foro amm. », 1932, I, *2*, c. 287; *IV sez.*, 22 aprile 1936, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1936, II, p. 424; *V sez.*, 17 giugno 1936, *ivi*, II, pag. 576; 2 maggio 1939, *ivi*, II, pag. 376. Nello stesso senso si è spesso pronunciata la giurisprudenza della Cassazione (v., p. es., *Sez. Un.*, 11 febbraio 1927, nella « Giur. it. », 1927, I, *1*, c. 409; 2 febbraio 1932, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1932, II, pag. 254; 5 marzo 1934, nel « Foro amm. », 1934, II, c. 99). Ma le ragioni del suo atteggiamento, divergente dalla normale giurisprudenza del Consiglio di Stato, già sono state poste in evidenza nell'introduzione.

(2) Cfr. l'art. 3, cpv., del R. D. 22 gennaio 1934, n. 37, cit. *sub* nota 4 a pag. prec.

(3) Su tale principio, v., per tutti, v. TUHR, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tübingen, II, 1925, pag. 535 seg., e, nella dottrina italiana più recente, MONTEL, *La mora del debitore*, Padova, 1930, pag. 97 segg.

omissione, e l'autorità è già in mora per il solo fatto di questa (1). In tutti i casi di tal fatta, ove la lesione effettiva di un interesse del cittadino esista, non pare dunque possa a nessun costo venir a lui contestata la possibilità dell'impugnativa immediata e diretta dell'atto omissivo. E il contestarla si risolverebbe in una grave violazione dei principi, che sono alla base del sistema della nostra giustizia amministrativa, i quali, come ormai troppe volte si è ripetuto, ammettono in linea di massima l'impugnativa di ogni atto del pubblico potere.

Veniamo ora a considerare in modo diretto quell'ipotesi particolare, che comunemente suole venir designata col nome di silenzio. Essa è quella nella quale più di frequente è dato imbattersi nella prassi, sopra tutto perchè è l'unica, in relazione alla quale la giurisprudenza dei tribunali amministrativi di norma si sia mostrata disposta ad ammettere un'impugnativa di atti non scritti (2).

Il caso più interessante, e nel quale più di frequente è dato incontrarsi nella prassi — gli altri sono ben pochi (3) —, è quello del così detto silenzio rifiuto. Sotto tale nome si sogliono comprendere quei casi, nei quali l'amministrazione se ne rimanga inattiva, non — come nell'ipotesi dianzi considerata — in presenza di un

---

(1) In tal senso, v., nella dottrina francese, JÈZE, *Essai d'une théorie de l'abstention en droit public français*, nella « Rev. du droit public », 1905, pag. 768 segg., il quale pone in rilievo come, oltre che da una formale intimazione, la mora dell'amministrazione può risultare anche « dalle circostanze ».

(2) Senza dilungarsi in citazioni di giurisprudenza, basterà qui rinviare alla *Relazione del Presidente*, cit., II, pag. 742 segg. Tra le decisioni più recenti, v., p. es., *Cons. di Stato, V sez.*, 4 aprile, 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1939, II, pag. 344.

(3) Sugli altri casi di silenzio dell'amministrazione, v., per tutti, MONTAGNA, *Il silenzio*, cit., pag. 379 segg..; ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 320 seg. È da rilevare in proposito che, in quei casi, nei quali al silenzio dell'autorità viene attribuito un significato diverso dal negativo (a differenza cioè dall'ipotesi del così detto silenzio rifiuto), ciò avviene, si può dire, sempre in applicazione di quel medesimo principio, che negli altri casi fa attribuire al silenzio valore negativo. Pare, in fatti, principio generalmente accolto nella nostra legislazione — e conforme, del resto, al fondamentale principio dell'affidamento — che al silenzio serbato da una certa autorità non vada riconosciuto altro significato, che quello di conferma dell'operato dell'autorità, che pose in essere l'atto, in ordine al quale l'autorità, che ora dovrebbe pronunciarsi,

obbligo positivo ben determinato e circostanziato nel tempo, ma semplicemente in presenza di una esplicita richiesta dell'interessato, rivolta a sollecitare un qualsiasi provvedimento, cui l'amministrazione sia tenuta, e rimasta, pur dopo la messa in mora compiuta nelle forme legali, senza soddisfazione (1). In casi di tal genere, in

---

tace. Ciò fa sì che, in quei casi nei quali l'atto della prima autorità non aveva contenuto negativo, un contenuto di tal genere non possa neanche vedersi nel successivo operato dell'autorità, che, chiamata a pronunciarsi sulla stessa materia, abbia taciuto. Si pensi, a es., che il silenzio serbato dall'autorità di controllo, in ordine ai provvedimenti a essa sottoposti, viene dall'ordinamento considerato come controllo esercitato in senso favorevole: cfr. gli art. 97 e 148 del T. U. com. e prov.

(1) L'amministrazione, la cui azione, pure, è precisamente e inderogabilmente determinata dall'ordinamento nei fini e nei limiti, dispone tuttavia, naturalmente, della sua sfera di discrezionalità, di volta in volta estesa all'*an*, al *quando*, al *quomodo*. Per ciò, tranne nei casi chiaramente formulati dal sistema, in relazione ai quali l'obbligo dell'autorità sia con ogni rigore circostanziato, non è certo facile individuare se e quando nell'inazione dell'autorità debba effettivamente riconoscersi la vera e propria trasgressione di un dovere. Ecco perchè, di norma, al cittadino non è dato il modo di adire il giudice amministrativo, facendo senz'altro oggetto d'impugnativa l'inazione dell'autorità, ogni volta che egli comunque ritenga di vedere in tale inazione la trasgressione di un obbligo, alla cui soddisfazione abbia un qualche interesse (tale principio è stato portato alle sue estreme conseguenze da quegli scrittori, i quali hanno negato che, fuori di una esplicita manifestazione legislativa, al silenzio dell'autorità potesse comunque venir attribuito un qualche significato: De Valles, *La validità*, cit., pag. 250 segg.; Bosi, *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'Amministrazione*, nel « Foro amm. », 1931, IV, pag. 77 segg.). In casi di tal genere è opportuno ed essenziale, in un primo momento, rendersi effettivamente conto di quello che sia il vero valore dell'inazione dell'autorità. E solo in un secondo momento, quando cioè ormai sia finalmente accertato, per bocca dell'autorità stessa, la mancata disposizione a provvedere, o quando al meno questa mancata disposizione risulti ben evidente — o, quanto meno, sicuramente presumibile — a seguito dei vani solleciti dell'interessato, è consigliabile dare a quest'ultimo la possibilità di procedere all'impugnativa dell'azione negativa. Naturalmente, però, delle due ipotesi — quella in cui, a seguito dell'istanza dell'interessato, l'autorità si pronunci esplicitamente in senso negativo, e quella in cui, pur dopo l'istanza, continui a restarsene completamente passiva —, soltanto la seconda ricade nell'oggetto delle presenti considerazioni.

fatti, l'interpretazione, che meglio rende — sulla base del principio dell'affidamento, che sta a fondamento di tutti i rapporti sociali (1) — il valore del comportamento dell'autorità, è quella che considera il silenzio, da essa serbato pur a seguito della formale diffida rivolta a metterla in mora, come un vero e proprio rifiuto di provvedere (2).

In ciò appunto trova la sua *ratio* l'art. 5 del T. U. com. e prov., nel quale è stabilito che il ricorso gerarchico debba essere considerato respinto, con tutte le conseguenze che ne derivano — e tra queste l'impugnabilità giurisdizionale del provvedimento negativo implicito nell'inazione —, ogni volta che l'autorità, alla quale sia stato presentato, dopo essersene rimasta inattiva per oltre centoventi giorni, non abbia curato di prendere alcun provvedimento entro sessanta giorni dall'istanza, diretta a metterla in mora, avanzata dal ricorrente a seguito della sua inazione. La circostanza che l'autorità gerarchicamente superiore non abbia entro centoventi giorni preso alcun provvedimento, non sarebbe certo, nel caso attuale, dove non ci troviamo di fronte a un obbligo a termine fisso, sufficiente a dimostrare la sua volontà negativa. Ma dopo due mesi di silenzio, serbato ancora, senza alcuna giustificazione, a seguito

---

(1) Insiste in modo particolarmente efficace sull'importanza che qui va riconosciuta al principio, secondo cui « chi pone in essere atti che suppongono necessariamente una data volontà (*acta concludentia*) non può di regola sostenere di avere una volontà diversa, così come se si sia avvalso di una dichiarazione espressa di indubbio significato », MONTAGNA, *Il silenzio*, cit., pag. 386 segg. In tal senso, v. anche gli acuti svolgimenti del FORTI, *Il « silenzio » della Pubblica Amministrazione ed i suoi effetti processuali*, nella « Riv. di dir. proc. civ. », 1932, I, pag. 121 segg., il quale, sulla base della più attendibile dottrina privatistica (DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897, pag. 83 segg.), pone in risalto come quella del silenzio sia una « questione di interpretazione della volontà », e come non possa venir risolta, se non sulla base di « regole d'esperienza ». Non sembrano meritare adesione le critiche portate contro tale punto di vista dal RESTA, *Il silenzio*, cit., pag. 88 seg., nè le brevi fugaci considerazioni del ROMANO, *Corso*, cit., pag. 258, il quale non ritiene qui applicabili i principi formulati dai privatisti.

(2) Tranne i casi espressamente previsti dalla legge, — come è stato talvolta posto in evidenza dalla giurisprudenza (*Cons. di Stato, V sez.*, 21 marzo 1931, nel « Foro amm. », 1931, I, 2, c. 106) — il silenzio dell'amministrazione, di fronte alle richieste degli interessati, non ha valore di consenso, ma può solo equivalere a un provvedimento negativo.

di una nuova istanza avanzata dall'interessato, c'è ormai tutto il *fumus boni juris* della mancanza assoluta di ogni buona disposizione ad accogliere il ricorso. Onde ben appare giusto riconoscere all'interessato la possibilità di agire giurisdizionalmente contro l'atto tacito di rifiuto. E anzi — occorre subito aggiungerlo — ben appare opportuno l'atteggiamento della giurisprudenza — la quale, del resto, aveva su questa via di molto preceduto l'espressa regolamentazione legislativa (1) —, quando, dalla materia dei ricorsi gerarchici, ha esteso l'applicazione della norma contenuta nell'art. 5 del T. U. com. prov. concependola come un principio generale, a ogni specie di atti amministrativi (2). Quando l'autorità, alla quale l'interessato si rivolga, non risponda entro i termini certo non brevi fissati dalla norma citata, e quando sia stata posta e sia caduta in mora, si è ormai a contatto di un *actum concludens*, il quale rivela agli occhi dei terzi (qui il principio dell'affidamento non può venir trascurato) la volontà di provvedere in modo negativo. E quindi ben logicamente appare invocata la presunzione stabilita dall'art. 5. Ogni soluzione contraria verrebbe, in fatti, a risolversi – contro i principi — in una legittimazione dell'arbitrio dell'amministrazione. Quando questa, pur dopo trascorsi i non brevi termini accordati dal legislatore, non abbia ancora maturato, per giuste ragioni, la sua determinazione, giustifichi il ritardo del provvedimento. Ciò varrà a interrompere il rigore dei termini. Ma, quando ciò essa non faccia, il *fumus boni juris* è contro di lei. E quindi ben è logico che a suo danno operi la presunzione che il legislatore ha giustamente inteso ricavare dal principio dell'affidamento, e che legittima il privato a ottenere per altra via quella soddisfazione, che invano ha

---

(1) V., in fatti, già l'antica decisione del *Cons. di Stato, IV sez.*, 22 agosto 1902, costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva.

(2) Cfr., p. es., *Cons. di Stato, IV sez.*, 21 gennaio 1936, nel «Foro amm.», 1936, I, *1*, c. 72; 26 gennaio 1938, *ivi* 1938, I, *1*, c. 135; *V sez.*, 4 aprile 1939, nella «Riv. di dir. pubbl.», 1939, II, pag. 344. Nello stesso senso, v. particolarmente RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., pag. 115; FORTI, *Il «silenzio»*, cit., pag. 121 segg.; FAGIOLARI, *L'atto amministrativo*, cit., nota 1 a pag. 19. *Contra*, BORSI, *La giustizia*, cit., pag. 197; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, pag. 320, II, pag. 222 seg. Sul tema, v., nella dottrina francese, oltre l'acuto studio del JÈZE, *Essai*, cit., pag. 764 segg., APPLETON, *Traité élémentaire*, cit., pag. 548 seg.

cercato di conseguire rivolgendosi all'autorità che se ne è rimasta inattiva (1).

L'ipotesi, in cui l'interessato agisca in via giurisdizionale contro il silenzio della pubblica amministrazione, rappresenta dunque — con quella in cui venga in questione l'impugnativa dell'omissione — il caso più significativo di impugnativa giurisdizionale di un atto amministrativo emesso in forma diversa dalla dichiarazione. Qui, in fatti, ciò che si impugna è, quando si consideri l'aspetto

(1) Dalla circostanza che nel caso del silenzio il diritto prende in diretta considerazione unicamente il fatto dell'inazione dell'autorità, senza figurare di attribuire immediatamente alcun rilievo al volere dell'agente, qualche scrittore, sulla base di acute argomentazioni, ha voluto ricavare la conseguenza che col silenzio non si verrebbe a contatto di un vero e proprio atto giuridico, ma soltanto di un mero fatto. Verrebbe ad aversi qui un « silenzio surrogato di atto », e di conseguenza una ulteriore eccezione alla regola che il giudice amministrativa non può venire adita se non mediante l'impugnativa di un atto: in quanto l'impugnativa del silenzio, espressamente prevista dal legislatore, non potrebbe venire in considerazione come l'impugnativa di un atto (Fagiolabi, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 19). Tale punto di vista non merita però di essere seguito. Non bisogna, in fatti, dimenticare che l'ordinamento del diritto, nel collegare a un qualsiasi atto un determinato effetto, se prende in considerazione la volontà, naturalmente non può prenderla in esame se non attraverso la veste sotto la quale essa si manifesta: la ricava cioè unicamente da quanto, nel mondo esterno, di essa si è rivelato (cfr. Sandulli, *Il procedimento*, cit., in nota a pag. 210): e da tali elementi esteriori naturalmente non può ricavarla, se non sulla base dei comuni dati dell'esperienza. Risulta quindi che, ogni volta che alcuno agisca in un modo il quale presupponga naturalmente una determinata volontà, pone in essere un *actum concludens*, al quale il diritto è portato logicamente ad attribuire — al meno fin quando da una diversa espressa fonte non risulti che sia altrimenti — appunto il contenuto che di norma inerisce a un modo di agire di tal genere. È proprio in applicazione di tale sistema che il diritto ricava, in alcuni casi particolarmente qualificati, dall'inazione dell'autorità, l'esistenza di un provvedimento negativo. In casi di tal fatta non è dunque fondato contestare la presenza di un atto giuridico. Siamo, in fatti, in presenza di un cosciente e volontario comportamento dell'autorità, dal quale, sulla base di un corretto criterio di interpretazione, il diritto ricava l'esistenza di una volontà negativa. Cfr., in tal senso, particolarmente Montagna, *Il silenzio*, cit., pag. 386 segg. Espressamente contrario alla costruzione del silenzio come mero fatto, M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, nota 41 a pag. 329 seg.

Anche il Resta, *Il silenzio*, cit., pag. 40, afferma che il silenzio non

formale dell'atto che viene in questione, l'assoluta inazione dell'autorità, e cioè addirittura la mancanza di un concreto provvedimento. E quel che è più significativo, in ordine agli scopi che il presente studio si propone, è che qui un'impugnativa del genere risulta prevista dallo stesso legislatore. A tal proposito non sarà anzi inopportuno porre in evidenza quanto sarebbe inesatto voler invece da quest'ultima circostanza desumere che l'impugnabilità del silenzio venga ad assumere, nel quadro generale del problema dell'aspetto formale degli atti amministrativi impugnabili in via giurisdizionale, una posizione anomala.

A porsi dal punto di vista di quanti contestano in linea di massima l'impugnabilità degli atti non scritti, potrebbe qui volersi cercare una giustificazione della espressa formulazione legislativa nella nota regola che ogni deroga a un principio generale debba risultare da una esplicita disposizione; e potrebbe, di conseguenza, dalla espressa formulazione legislativa che qui ricorre, volersi desumere il carattere anomalo dell'impugnativa del silenzio. Se non che, come si è visto, ben diversa è la situazione. L'atto amministrativo, quale che sia la sua forma, è, per norma, quando comunque venga a ledere legittimi interessi dei cittadini, impugnabile innanzi al giudice amministrativo. In seno al sistema, dunque, l'impugnabilità giurisdizionale del silenzio, quando esso assurge ad atto amministrativo, non è a considerare come una eccezione al principio generale. Se il legislatore ha formulato espressamente la norma, lo ha fatto per ben altre ragioni, che per introdurre una deroga a una presunta regola dell'impugnabilità dei soli atti scritti. Lo ha fatto unicamente al fine di disciplinare dopo quanto tempo il silenzio serbato dall'amministrazione

può venir considerato se non come un semplice fatto giuridico. Ma la sua affermazione poggia su un concetto di fatto giuridico al quale non può venir prestata adesione, e su un punto di vista il quale certo non è meno criticabile di quello or ora considerato. Posto che « elemento essenziale per l'atto giuridico è un volere riconoscibile », egli afferma che bisogna tener ben distinti l'atto negativo dal silenzio, e che, mentre il primo è un vero e proprio atto, in quanto « presuppone una manifestazione di diniego, la quale contiene sempre una volontà espressa, riconoscibile e rilevante per l'ordinamento giuridico », non altrettanto può ripetersi per il silenzio, il quale, consistendo nell'inazione « non è una manifestazione di volontà » (pag. 26 segg.). Per tal modo, contro i principî più attendibili, si viene a far dipendere la differenza tra atti e fatti unicamente da un criterio formale. E tale sistema non può certo venir seguito.

possa venir considerato come provvedimento negativo, e come tale possa venir preso a oggetto d'impugnativa. E quindi è da ritenere che la formulazione espressa dell'impugnabilità del silenzio, lungi dall'esser presa come la formulazione necessariamente esplicita di una eccezione, va considerata come una tipica manifestazione e un chiaro riconoscimento, pienamente coerente in seno al quadro del sistema, dell'irrilevanza che l'aspetto formale dell'atto riveste, per ciò che riguarda la sua impugnabilità giurisdizionale.

4. - Esaurita l'analisi nei confronti di quegli atti non scritti, i quali appaiono correttamente posti in essere sotto la veste nella quale vennero in vita, prima di por termine all'indagine, che forma oggetto del presente studio, è ora necessario soffermarci su quelle altre ipotesi, in cui, venendo in questione l'impugnativa di un atto non scritto, si tratti di un atto posto in essere fuori delle esigenze formali richieste dall'ordinamento.

Com'è noto, molti sono quei casi, in cui per un certo atto viene dalla legge richiesta *ad substantiam* una determinata forma. Anzi il diritto amministrativo è ricco di ipotesi di tal genere. Quando queste ricorrano, è evidente che la forma di cui si tratta rappresenta un momento vitalissimo in ordine all'essenza stessa dell'atto. A che l'atto in questione ricorra, la legge richiede, in casi di tal genere, inderogabilmente quel certo contenuto e quella certa forma. La fattispecie richiesta c'è, dunque, soltanto nel concorso di entrambi tali elementi. Per modo che, quando, pur ricorrendo il contenuto richiesto, la forma non sia quella voluta, l'atto si presenta privo di un elemento inderogabilmente necessario per la sua esistenza. Esso cioè non può, alla stregua del sistema instaurato dall'ordinamento del diritto, venir considerato giuridicamente esistente (1). E per ciò, alla stessa maniera che un testamento o una sentenza non ci sono, fin quando non ci sia un atto scritto, non può dirsi esistente, fin quando lo scritto manchi, un certificato di cittadinanza o un decreto di espropriazione.

---

(1) Cfr., più o meno esplicitamente, e con la varietà di terminologia che è caratteristica del problema dell'invalidità degli atti giuridici, per tutti, LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5. ed., Tübingen, 1913, I, pag. 462; THEIN, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 239; RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., pag. 106; FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, pag. 200; ROMANO, *Corso*, cit., pag 273; BORSI, *La giustizia*, cit., pag. 39; LUCIFREDI, *Forma scritta*, cit., pag. 448; ZANOBINI, *Corso*, cit., I, pag. 342; ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., pag 160.

Richiamare l'attenzione su questo punto era essenziale ai fini della nostra indagine. E anzi, in relazione a essa, dopo averlo fatto, ben poco resta ora da aggiungere.

Scopo — *condicio sine qua non* - per l'impugnazione di un atto è — come si è visto — la sua caducazione: un atto viene impugnato, al fine di porlo nel nulla (1). Presupposto fondamentale, perchè possa venire in questione un'impugnativa, è dunque l'esistenza di un atto, il quale sia comunque in grado, fin quando non venga annullato, di estrinsecare legittimamente la sua giuridica operatività. Quando venga invece in esame un atto, il quale non possa venir considerato giuridicamente esistente — e non importa a tal fine se in fatto esista (2) —, è di immediata evidenza come una questione di impugnabilità non debba, nè possa porsi. Ciò che non esiste, non ha bisogno di venir posto nel nulla. E quindi non sono impugnabili gli atti posti in essere in una forma diversa da quella per essi richiesta *ad substantiam* (3).

L'atto venuto in essere in forma non scritta, in trasgressione delle norme inderogabilmente poste dall'ordinamento in relazione alla sua forma, non è dunque suscettibile di impugnativa. In questo caso ricorre quindi realmente l'ipotesi di un atto non scritto, il quale, appunto perchè tale, non è impugnabile. Ma, come è evidente, la ragione è qui ben diversa da quella che comunemente fa ritenere non impugnabili gli atti non scritti. Ove non altro, sarebbe sufficiente a provarlo la circostanza che, come non è impugnabile un atto posto in essere oralmente, quando era per esso necessaria la forma scritta, del pari è a ritenere non suscettibile d'impugnativa — anche se l'ipotesi è meno facilmente prospettabile — un atto scritto, nel quale si fosse tradotta una manifestazione per cui

---

(1) V. *supra*, cap. II, § 1.

(2) Morita quindi censura, a tale riguardo, la decisione del *Cons. di Stato, V sez.*, 16 giugno 1933, nel « Foro amm. », 1933, I, 2, c. 181, la quale, pur dopo aver riconosciuto che per l'atto che veniva in questione era necessaria la forma scritta, ne affermò tuttavia l'impugnabilità, sulla base della considerazione che l'atto, se pure in una forma diversa da quella prescritta, in fondo c'era stato.

(3) Cfr., p. es., da ultimo, *Cons. di Stato, IV sez.*, 6 aprile 1937, nel « Foro amm. », 1937, I, 1, c. 188. Nella stessa decisione ricordata *sub* nota prec., la concezione, secondo cui contro l'atto non rivestito della forma scritta richiesta *ad substantiam* non sarebbe ammissibile il ricorso, viene definita come « la più rigorosa e generalmente accolta ».

la legge richiedesse *ad substantiam* una forma diversa. Lungi dal costituire un argomento contro l'impugnabilità degli atti venuti in essere in forma diversa dallo scritto, la non impugnabilità degli atti non scritti, che siano a considerare inesistenti a causa del mancato rispetto della forma per essi richiesta *ad substantiam*, vale dunque piuttosto — e in modo particolarmente evidente — a confermare la regola che l'impugnabilità degli atti non scritti deve farsi cadere sotto il principio unico e generale, che è applicabile a ogni specie di atto, quale che sia la forma della sua estrinsecazione.

Rilievi sull'ammissibilità del ricorso gerarchico improprio contro enti sindacali, nel silenzio della legge*

Pubblicato in

Stato e Diritto
Roma, 1941, pp. 356-373

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 marzo 1941 n. 104, *ibid.*, p. 356; la massima è riportata alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 5 MARZO 1941 N. 104; PRES. ROCCO, EST. PICCARDI; S.A. MARINELLI C. MINISTERO PER GLI SCAMBI E PER LE VALUTE.

Le decisioni, mediante le quali le associazioni sindacali, ai termini dell'art. 5 del Decreto del Capo del Governo 12 giugno 1935, provvedono a ripartire fra le ditte interessate i contingenti di importazione delle singole merci assegnati alla categoria, sono impugnabili mediante ricorso gerarchico improprio al Ministero per gli scambi e per le valute.

1. — E' innegabile che la parte della decisione, cui si riferiscono le poche osservazioni che seguono, sia quella che meriti maggiore considerazione. La massima che la riassume è, in fatti, di quelle le quali non possono mancare di attirare seriamente l'attenzione della dottrina.

Ricorrono, di tanto in tanto, nella preziosa elaborazione giurisprudenziale del nostro Consiglio di Stato, delle decisioni, le quali, per essere innovatrici rispetto a un indirizzo considerato ormai abituale, producono la netta impressione di un repentino colpo di timone rivolto a generare un'improvvisa diversione di rotta. E va riconosciuto ad alto merito della nostra dottrina — sempre sensibile a ogni movimento della prassi, che si riveli suscettibile di sviluppi, e (non fosse altro che per questo) per nulla meritevole del rimprovero, troppo sovente mossole, di abbandonare i problemi pratici per cedere al fascino delle disquisizioni teoriche — se, ogni volta che una diversione del genere sia stata avvertita, la teoria non abbia mancato di illuminare alla pratica il suo cammino, a seconda dell'opportunità, ora incoraggiandola nella direttiva, ora esortandola a desisterne (1).

La decisione, che si fa oggetto di commento, se bene, per la forma affatto apolemica della dimostrazione, non ne abbia l'aria, reca tuttavia, in effetti, un sensibile colpo di timone su una rotta tradizionalmente seguita. Appare dunque opportuno e legittimo che la dottrina la prenda — al meno nella sua parte innovatrice — a oggetto della propria considerazione critica.

---

(1) Mi limito qui a ricordare, quali esempi recenti, la decisione della IV sez., 17 novembre 1937, nel « Foro amm. » 1938, I, 1, c. 52, la quale ammise l'integrazione del giudizio nel caso in cui il ricorso fosse stato notificato soltanto all'amministrazione che emise il provvedimento, e non anche agli interessati (v., in argomento, DE FRANCESCO, *La integrazione del giudizio nel processo amministrativo*, nel « Foro amm. », 1938, I, 1, c. 53; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 2 ed., Milano, 1940, p. 334), e quella — notevolissima — della V sez., 1 dicembre 1939, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1940, II, p. 37 (sulla quale v., per vari richiami, SANDULLI, *Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti*, nell'« Arch. giur. », 1941), nota 1 a p. 21 dell'estr.

2. — La dottrina e la giurisprudenza unanimemente riconoscono il carattere di regola generale al principio — sancito nel capoverso dell'art. 3 della legge sul contenzioso amministrativo, e nel principio dell'art. 5 del testo unico comunale e provinciale —, secondo il quale contro i provvedimenti degli organi governativi inferiori è ammesso — ed è necessario prima di poter adire il giudice amministrativo — il ricorso agli organi gerarchicamente superiori (2). Per altro, esse concordano però nella tesi — implicita, del resto, nello stesso principio dell'art. 5 del testo unico comunale e provinciale, oltre che nella decisiva circostanza che, tutte le volte che in ipotesi di tal fatta ha voluto ammetterlo il legislatore lo ha espressamente dichiarato — della non ammissibilità di un ricorso del genere tutte le volte che vengano in questione delle autorità, tra le quali non esista un rapporto di gerarchia amministrativa (3). E' cioè opinione costante, e universalmente accolta, che il così detto ricorso gerarchico improprio — cioè il ricorso rivolto a una autorità, rispetto alla quale quella che provvide non sia in relazione di dipendenza gerarchica — non possa venir ammesso fuori dei casi — e non sono tanti (4) —, in cui sia stato espressamente previsto dal legislatore.

Il rapporto, dove più evidente e meno discutibile appare l'assenza di ogni relazione di gerarchia amministrativa, è certamente quello che corre tra le pubbliche amministrazioni dotate di personalità giuridica e l'amministrazione dello Stato (5). Dove, dunque, ricorra, per volontà di legge, la possibilità di impugnare innanzi a un organo statale il provvedimento di un ente pubblico minore, si è evidentemente a contatto di un ricorso gerarchico improprio. E del fatto che tutte le norme, le quali prevedano un'impugnativa di tal genere, siano di stretta interpretazione, non si è mai dubitato. Il principio, anzi, è sempre parso tanto evidente, che ben di rado, fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore, le parti si sono avvalse, contro il provvedimento di un ente pubblico minore, del ricorso a un'autorità go-

(2) Per la dottrina, cfr., per tutti, De Valles, *Per un « sistema » dei ricorsi gerarchici*, nel « Foro amm. », 1930, IV, p. 38; Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5. ed., Milano, 1937, p. 249; Ragnisco, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, p. 152; Zanobini, *Corso*, cit. II, p. 99 agg.; Puchetti, *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938, Per la giurisprudenza, cfr., da ultimo, Cons. di Stato, IV sez., 26 marzo 1941, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1941, II, p. 297.

(3) Per la dottrina, cfr. per tutti, De Valles, *Per un « sistema »*, cit., p. 42; Ranelletti, *Le guarentige*, cit., p. 249, 254; Ragnisco, *I ricorsi*, cit., p. 209; Zanobini, *Corso*, cit. II, p. 111; Puchetti, *Il ricorso*, cit., p. 218. Per la giurisprudenza, cfr. Cons. di Stato, IV sez., 15 marzo 1929, nel « Foro amm. », 1929, I, 1. c. 1938; 13 luglio 1934, nella « Riv. di dir. pubbl. », 1934, II, p. 666; 29 agosto 1935. *ivi*, 1935, II, p. 613.

(4) Ne fa un ampio elenco sistematico Ragnisco, *I ricorsi*, cit., p. 209 sgg.

(5) Ciò è strettamente inerente alla caratteristica di enti autarchici, connessa, alla funzione di amministrazione indiretta, che è propria degli enti pubblici minori. Sul punto, v. anche più avanti, il n. 3, e la nota 14 ivi.

vernativa. Il che vale a dare ampia spiegazione della scarsità di materiale giurisprudenziale sull'argomento (6).

La decisione che si commenta, per la prima volta negli annali della giurisprudenza, dichiara, nel silenzio della legge, ammissibile il ricorso gerarchico improprio contro un provvedimento posto in essere da un ente pubblico. Se bene con molta cautela, e senza mostrare di voler prendere una posizione di carattere generale, nell'ipotesi specifica che si presentava al suo esame, argomentando esclusivamente dalle peculiari caratteristiche della fattispecie concreta, l'elaborata pronuncia conclude per la possibilità di ricavare l'ammissibilità di un ricorso gerarchico improprio, oltre che da una specifica espressa disposizione legislativa rivolta appunto alla sua ammissione, dal complesso sistema delle norme le quali attribuiscano a una certa autorità amministrativa delle funzioni di carattere preminente in ordine a una determinata materia.

Al fine di poter meglio seguire le argomentazioni del collegio, sarà qui opportuno fissare gli estremi della controversia, la quale verteva in materia di concessione di licenze all'importazione di certe merci. A tale scopo, data la rilevanza che assume, in relazione al problema che interessa, la considerazione della complessa procedura che la legge prescrive in vista dell'emissione del provvedimento della cui impugnabilità in sede di ricorso gerarchico improprio si discuteva, è essenziale premettere qualche cenno sui lineamenti di tale procedura.

Il R. D. L. 3 novembre 1935, n. 1891, rivolto a dare una nuova disciplina al regime dell'importazione delle merci dall'estero, all'art. 1 stabilisce che l'importazione di certe merci, indicate nella tabella A a esso allegata, è subordinata al rilascio di un'apposita licenza da parte del Ministero delle Finanze, su proposta della Sovraintendenza allo scambio delle valute — ora, (in base al R. D. 14 marzo 1938, n. 643) del Ministero per gli scambi e per le valute —. La procedura per il rilascio di detta licenza è regolata dagli art. 4 sgg. del Decreto emesso dal Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato, Ministro per le Corporazioni, di concerto con i Ministri per le Finanze e per l'Agricoltura, il 12 giugno 1935, in base alla delegazione contenuta nell'art. 8 del R. D. L. 20 maggio 1935, n. 654, e rivolto a determinare

(6) Si noti, anzi, che quelle poche volte che il Consiglio di Stato ha avuto occasione di essere chiamato a pronunciarsi, in materia di ricorso gerarchico improprio, contro il provvedimento di un ente pubblico, sis trattava, ora per una ragione, ora per un'altra, di casi nei quali in effetti mancava l'impugnazione innanzi a un organo statale di un atto di una persona giuridica pubblica. Così, in fatti, nell'ipotesi che si presentò al giudizio della IV sez. il 13 luglio 1934, si trattava di un ricorso contro associazioni sindacali presentato ad associazioni di grado superiore; e, nell'ipotesi che formò oggetto della decisione della stessa sezione il 29 agosto 1935, in tanto l'ammissibilità del ricorso venne riconosciuta, in quanto il collegio escluse la qualifica di persona giuridica pubblica e riconobbe quella di organo dello Stato nell'autorità contro il cui provvedimento era rivolta l'istanza (entrambe le decisioni ricordate sono state richiamate *sub* nota 3).

le attribuzioni, le modalità di funzionamento, e le norme di organizzazione della Sovraintendenza allo scambio delle valute, istituita appunto col detto decreto legge. Tale procedura passa per tre stadi. Nel primo, su proposta delle apposite Giunte a composizione sindacale, costituite, ai termini degli art. 1 e 2 del citato Decreto del Capo del Governo, presso il Ministero per gli scambi e per le valute, il Ministro provvede alla periodica fissazione del contingente d'importazione delle singole merci occorrenti all'approvvigionamento del paese (art. 4). Nel secondo il Ministro per gli scambi e le valute provvede, sulla proposta delle stesse Giunte, e tenendo conto delle eventuali osservazioni delle associazioni sindacali interessate, a fissare il piano di ripartizione delle merci d'importazione tra le diverse categorie economiche (art. 4). Nel terzo, che è quello che a noi interessa, le quote assegnate a ciascuna categoria economica vanno ripartite « a cura del Presidente della Federazione, o di persona da lui designata », tra le ditte appartenenti alla categoria stessa, tenendo presenti le domande prodotte. La ripartizione così fatta diviene definitiva qualora sia confermata dal Presidente della Confederazione competente (7). Nell'ipotesi, invece, che tale conferma venga negata, la decisione definitiva toccherà al Ministro, sentita la Giunta competente (art. 5).

La controversia che si presentava all'esame del Consiglio di Stato era se, nell'ipotesi in cui la decisione del Presidente della Federazione avesse avuto la conferma del Presidente della Confederazione, una ditta, la quale ritenesse leso dal provvedimento un proprio interesse, dovesse, prima di adire il magistrato amministrativo, ricorrere al Ministro per gli scambi e per la valute, e cioè se in tale ipotesi il carattere della definitività fosse, senz'altro, da riconoscere al provvedimento adottato dall'ente sindacale, o piuttosto non potesse venir riconosciuto prima dell'intervento — a seguito di un ricorso gerarchico improprio — di una pronuncia del Ministero.

Il collegio, in contrasto coi principi comunemente accettati, e

(7) Non presenta grande rilievo ai fini della presente nota il portare un'indagine penetrante sulla natura di tale conferma. Non è forse inopportuno tuttavia precisare come non sembri da seguire l'opinione — dalla quale, a quanto pare, non restò aliena la sentenza che si annota — secondo cui la decisione della Confederazione assorbirebbe in sè quella della Federazione, diventando essa stessa l'elemento costitutivo dell'effetto giuridico. Pare piuttosto degna di maggior credito la tesi secondo cui la così detta conferma della Confederazione non sarebbe a considerare se non come una *approvazione* — vale a dire, come una mera *condicio juris* — della decisione adottata dalla Federazione, la quale invece conserverebbe essa stessa la forza propriamente costitutiva dell'effetto giuridico. Sul concetto di approvazione, e sulla incerta terminologia che in relazione alla nozione regna nella prassi, nella quale non manca talvolta di designarla con nomi diversi, e di designare invece col suo nome degli atti con cui essa non ha nulla che vedere, cfr. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 170 sg., 272 sgg., e ivi ulteriori richiami.

anzi non mancando di formulare — sia pur senza porla in eccessiva evidenza — qualche proposizione in palese conflitto con tali principi (8), ha ritenuto di poter adottare la soluzione affermativa. Ove si lascino da parte alcune considerazioni, alle quali esso stesso mostra di attribuire importanza soltanto secondaria, e alle quali a ogni modo non si mancherà di far cenno più avanti — tali quella che si riferisce alle parole « definitiva », « definitivamente », contenute nell'art. 5 del Decreto del Capo del Governo, e quella che non sarebbe aliena dal configurare come una delega di un potere in effetti appartenente al Ministro per gli scambi e per le valute, quella in base alla quale i dirigenti delle associazioni sindacali sono legittimati alla ripartizione — il vero argomento sul quale l'alto consesso tenta di poggiare la propria tesi, è uno solo. Esso è che, a una penetrante indagine, giustificata, e anzi imposta, dalla circostanza della mancanza di una « norma espressa che si pronunci nell'uno o nell'altro senso », e rivolta a stabilire se nel caso in esame l'ammissibilità del ricorso gerarchico improprio possa venir ritenuta inerente a una volontà legislativa « insita nelle disposizioni dettate in materia o nello stesso sistema al quale tali disposizioni sono ispirate », occorre convenire che il complesso delle norme che disciplinano la materia, specialmente dopo il R. D. 14 marzo 1938, n. 643, che con gli art. 1 e 2 — devolve in modo pieno ed esclusivo al Ministero per gli scambi e per le valute tutto quanto riguarda, nel senso più lato, i rapporti economici con l'estero, sia tale da far considerare quel Ministero come l'organo al quale necessariamente devono essere devolute in ultima istanza tutte le questioni relative a tali rapporti, e al quale necessariamente non potrebbe non venir deferita in ultima istanza amministrativa ogni controversia relativa ai rapporti stessi.

L'indagine critica, che queste brevi note si propongono, viene dunque a trovarsi, a questo punto, di fronte alla necessità di esaminare due problemi: il primo di carattere generale, il secondo di carattere particolare. L'uno consiste nello studiare se, dato il carattere eccezionale dell'istituto, all'interprete possa, nell'ipotesi della mancanza d'una esplicita disposizione legislativa, la quale espressamente lo preveda, esser dato di ricavare *aliunde*, cioè dal complesso di altre norme, o dall'intero sistema della materia, l'ammissibilità di un ricorso gerarchico improprio. L'altro — e può sorgere soltanto quando il primo venga risolto affermativamente — consiste nello stabilire se, nell'ipotesi specifica che si presentò al giudizio del Consiglio di Stato, ci si trovi effettivamente a contatto di un caso, nel quale, pur non

(8) Di fronte alla concordia unanime esistente intorno al carattere eccezionale del ricorso gerarchico improprio, e alla sua inammissibilità fuori dei casi in cui sia stato dal legislatore espressamente previsto (V. *supra*, nota 3), appare per lo meno tale la proposizione nella quale il collegio vorrebbe trarre argomento dalla circostanza che, nel caso in esame, « non vi è una norma espressa che si pronunci nell'uno o nell'altro senso ». V. tuttavia quanto verrà osservato *infra*, *sub* n. 3.

essendo il ricorso gerarchico improprio espressamente previsto dal legislatore, esso non potrebbe, in stretta coerenza col quadro del sistema, venir negato. All'esame di questi due problemi verranno dedicate le considerazioni che seguono.

3. — In riferimento al primo di essi, bisogna effettivamente riconoscere — e in ciò è nel vero la decisione che si commenta — che la circostanza che una data disposizione abbia carattere eccezionale, e che per ciò stesso non possa trovare applicazione fuori dei casi previsti dal legislatore (9), verrebbe interpretata in modo ingiustificatamente rigoroso, qualora le si volesse negare impiego fuori di quelle specifiche ipotesi dove la sua applicazione fosse stata in modo del tutto esplicito prevista dalla legge.

Se, in fatti, l'art. 4 delle disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale prescrive che le norme che fanno eccezione a regole generali non vanno applicate oltre i casi e i tempi in esse considerati, occorre pur tener presente il principio, sancito nell'art. 3 delle stesse disposizioni, secondo il quale nell'interpretazione delle norme giuridiche va sempre tenuto presente il criterio logico della loro connessione. Non meno efficacemente una eccezione a un principio generale può venir desunta da una disposizione rivolta espressamente e decisamente a sancirla, di quanto lo possa, tutte le volte che da esso possa con chiara evidenza venir ricavata, dal complesso sistema delle norme che disciplinano la materia (10). Nè si tratta, in casi del genere, di interpretazione analogica (11).

Non è per ciò da escludere, in linea di principio, che i casi nei quali può ammettersi il ricorso gerarchico improprio siano da estendere, oltre quelli esplicitamente previsti dal legislatore, fino a comprendervi tutti quegli altri, nei quali, pur mancando una esplicita disposizione legislativa rivolta espressamente a sanzionarla, la possibilità di un ricorso del genere sia da ritenere implicita nel complesso delle norme che disciplinano la materia, le quali, in modo univoco, mostrino di presupporne l'ammissibilità. L'ipotesi ricorre certamente — come a me pare — tutte le volte che si venga a contatto di quelle amministrazioni autonome, nate come diretta filiazione di organi governativi, le quali, pur avendo — a differenza delle non poche altre dotate soltanto di autonomia amministrativa — il riconoscimento di una personalità giuridica, vengono tuttavia considerate, sulla base

(9) V. tuttavia in argomento i recenti acuti rilievi del CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, nella « Riv. internaz. di fil. del dir. », 1941, nota 67 a p. 63 dell'estr.

(10) Sull'assenza di ogni disparità funzionale tra l'ipotesi in cui una disposizione sia ricavabile dall'esplicita dizione legislativa, e quella in cui sia invece ricavabile dal contesto delle disposizioni, v., da ultimo, CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., nota 33 a p. 32 sg., e — per un caso di pratica applicazione del principio — LUCIFREDI, *Forma scritta e prova testimoniale in materia di atti amministrativi*, nella « Riv. di dir. civ. », 1933, p. 431.

(11) Sul punto, si veda ancora CRISAFULLI, *loc. cit.*.

della formula legislativa, « alla diretta dipendenza » del Ministero alla cui competenza la loro attività si collega. E ne sono esempi tipici l'Istituto Poligrafico dello Stato, l'Istituto Centrale di Statistica, l'Azienda di Stato per le foreste demaniali (12).

Oltre quelli or ora prospettati, non pare però sia facile trovare oggi nel nostro sistema degli altri casi, nei quali un ricorso gerarchico improprio possa venir ammesso nell'assenza di esplicite disposizioni legislative che espressamente lo prevedano. Innegabilmente l'estensione sempre maggiore, che nell'ordinamento nostro è venuta e viene assumendo la sfera dei fini considerati come pubblici, col conseguente sviluppo, sempre più evidente, del decentramento funzionale generato dalla rigogliosa fioritura di enti pubblici a quella estensione strettamente connessa (13), nel far sorgere la necessità, facilmente intuibile, di una penetrante ed efficace organizzazione del sindacato statale sull'azione pubblica decentrata, sembra determinare le condizioni di ambiente migliori per un mezzo giuridico del genere di quello che interessa le presenti modeste osservazioni. Tuttavia, al meno, fin quando il nostro ordinamento continuerà a mantenersi, nella disciplina del regime degli enti pubblici, fedele ai principi dell'autarchia, che fin qui lo hanno ispirato (14), il voler ammettere un ricorso amministrativo del genere di quello gerarchico contro un provvedimento di un ente inquadrato nell'amministrazione indiretta dello Stato, fuori dei casi in cui — non importa se esplicitamente o implicitamente — esso sia in modo evidente desumibile dalle disposizioni legislative, significherebbe forzare il sistema giuridico vigente.

4. — Nel passare all'applicazione delle considerazioni che si son venute svolgendo alla fattispecie concreta che nel caso in esame si presentava al giudizio del Consiglio di Stato, a me pare non possa non accedersi a una conclusione di dissenso rispetto alla soluzione da esso adottata.

Come si è visto, in vero, pur in mancanza di un'esplicita disposizione legislativa la quale espressamente lo ammetta, un ricorso del genere di quello gerarchico, contro un provvedimento posto in essere da un ente pubblico, non potrebbe venir negato qualora la sua ammissibilità dovesse risultare semplicemente in modo implicito dal sistema. Se non che — contrariamente a quanto ha ritenuto l'alto consesso —, a mio modesto avviso, l'ammettere la possibilità di un ricorso all'autorità governativa, contro le decisioni adottate dalle associazioni sindacali ai termini dell'art. 5 del Decreto ministeriale 12 giugno 1935,

---

(12) In argomento, v. RAGNISCO, *I ricorsi*, cit., pag. 164.

(13) Si vedano in argomento le chiare pagine dello ZANOBINI, *Corso*, cit., III, 1939, p. 287, 355 sg., 478, nelle quali il fenomeno viene ampiamente illustrato.

(14) Sul concetto di autarchia, e sul valore da esso assunto nell'ordinamento fascista, v. ZANOBINI, *Corso*, cit., III, p. 355 sg., 363 sgg., e, presso di lui, ulteriori richiami.

sarebbe ben lungi dal sistema, che, nella disciplina della procedura per la concessione delle licenze d'importazione, il detto decreto volle instaurare.

Il *punctum saliens*, sul quale il collegio giudicante è stato portato a fermare la propria attenzione, è rappresentato dalla generica ampiezza di quelle norme legislative (art. 1 del R. D. L. 20 maggio 1935, n. 654; art. 1 e 2 del R. D. 14 marzo 1938, n. 643), le quali fissano le funzioni dell'organo governativo cui fa capo la disciplina degli scambi e delle valute (prima, Sovraintendenza allo scambio delle valute; poi Ministero per gli scambi e per le valute). Tale generica ampiezza ha indotto il collegio nella convinzione che, nel modo più pieno e più assoluto, ogni aspetto — sia di carattere generale, sia di carattere particolare — della disciplina dei rapporti economici con l'estero, debba far capo a quell'organo governativo. Nel quadro di una concezione di tal genere, la deliberazione dei dirigenti delle associazioni sindacali in materia di concessione di licenze d'importazione non è stata considerata, se non come una decisione di prima istanza di un'autorità fornita di particolare competenza, in ordine a un provvedimento in relazione al quale soltanto all'organo statale avrebbe potuto e dovuto spettare la parola definitiva.

Sembra tuttavia che un punto meriti di attirare l'attenzione dell'interprete più di quanto non abbia attratto quella dei componenti del collegio. Non può certo venir contestata l'ampiezza più piena delle attribuzioni devolute all'organo governativo in materia di rapporti economici con l'estero in generale. Ma il voler considerare le stesse decisioni delle associazioni sindacali, emesse, ai termini dell'art. 5 del Decreto del Capo del Governo, in materia di concessione di licenze d'importazione, come assorbite in funzione e al servizio di quelle attribuzioni, si risolverebbe nel forzare lo spirito del sistema. In fatti, ben altro che quello che in tal modo farebbe a loro esplicare, è il ruolo che, nel dettare l'articolo in questione, si intese affidare — coerentemente alla loro essenza nel quadro della concezione corporativa — alle associazioni sindacali. Come si è visto allorchè è stata illustrata la procedura predisposta dal Decreto ministeriale 12 giugno 1935, successivamente all'assegnazione dei contingenti stabiliti per l'importazione delle varie merci alle singole categorie economiche, in seno a ciascuna di queste il Presidente della Federazione, o persona da lui designata, provvede alla ripartizione delle merci assegnate alla categoria, tra le singole ditte a essa appartenenti, che ne abbiano fatto domanda. Ora, quando ben si considerino nel loro giusto valore l'essenza e i caratteri dell'ordinamento corporativo, e la posizione in esso assegnata alle associazioni sindacali, e quando, in applicazione di tale valutazione, si cerchi di individuare quale sia la funzione disimpegnata, nell'ipotesi che si presenta all'esame, dalla decisione del Presidente della Federazione confermata dal Presidente della Confederazione, la soluzione alla quale bisogna pervenire non può non essere contrastante con quella adottata dal Consiglio di Stato.

La suprema realizzazione dell'ordinamento corporativo è consistita nel riconoscere, e nel sussumere in funzione dell'interesse statale, gli interessi delle categorie economiche, inquadrando queste nell'amministrazione indiretta dello Stato (15). Col fare ciò il sistema corporativo, lungi dall'annichilire, come in altri sistemi, l'interesse della categoria, e quello dei suoi componenti, li ha potenziati politicamente e giuridicamente. L'associazione di categoria, infatti, in seno all'ordinamento corporativo, nel tendere alla realizzazione degli interessi propri, è contemporaneamente investita della responsabilità di dover agire in funzione dell'interesse statale, mentre, per altro, quest'ultimo non assurge mai a momento determinante esclusivo della sua azione. Quando agisce l'associazione sindacale esercita la sua come azione propria, in proprio nome, e per raggiungere fini i quali sono in primo luogo propri (16).

Quando, prendendo le mosse da questo dato di fatto incontestabile del nostro ordinamento, si passi a valutare i caratteri dell'azione esplicata dall'ente sindacale ai termini dell'art. 5 del Decreto ministeriale in questione, non si può a meno di convenire che, pur tenendo sempre di mira, come è inerente alla sua essenza, il supremo interesse statale, nel procedere alla ripartizione, fra le ditte interessate, delle merci d'importazione assegnate alla categoria, essa non fa, se non provvedere, in luogo primo ed essenziale, alla soddisfazione di un interesse di categoria suo proprio (17). Siamo qui a contatto di una delle manifestazioni più evidenti di quella che, con recente terminologia, è stata designata col nome di autoamministrazione economica (18). L'ente sindacale, rappresentante della categoria, non fa che dividere — come dispone il citato articolo 5, « con criteri discrezionali ed equitativi » —, tra i componenti della categoria stessa, le merci a essa attribuite dall'autorità statale competente. E tale funzione — alla quale essa è la meglio legittimata, e che indiscutibilmente le va riconosciuta come propria ed esclusiva — non è se non una

---

(15) In argomento, cfr., per tutti, CHIARELLI, *Lo Stato Corporativo*, Padova, 1936, p. 96 e *passim*.

(16) Su questi concetti insiste, in modo particolarmente efficace, D'EUFEMIA, *L'autoamministrazione economica nello Stato corporativo*, Napoli, 1938, p. 101 sgg. e *passim*. al quale si rinvia per ulteriori richiami.

(17) Sulla diversità — che giustamente è stata qualificata come istituzionale (M. S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in « Stato e diritto », 1940, p. 8 dell'estr.) — dell'interesse delle associazioni sindacali rispetto a quello dello Stato, v. specialmente D'EUFEMIA, *L'autoamministrazione economica*, cit. p. 102. La circostanza della diversità dell'interesse degli enti pubblici in genere rispetto all'interesse statale viene posta in particolare risalto, nella dottrina germanica, dall'HATSCHEK, *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung*, Leipzig, 1898, p. 157, e, nella nostra, dal ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, negli *Studi in onore di Oreste Ranelletti*; Padova, 1931, II, p. 431 sgg.

(18) D'EUFEMIA, *L'autoamministrazione economica*, cit.

delle più comuni e significative espressioni degli intenti che il sistema giuridico ha voluti realizzare attraverso l'ordinamento corporativo.

5. — Se i concetti svolti rappresentano una fedele interpretazione del sistema, non pare dunque a dubitare della infondatezza della tesi, cui accede la sentenza annotata, secondo la quale la decisione dell'autorità sindacale non si porrebbe, nel caso in esame, se non come una pronuncia di primo grado, in una materia nella quale la parola definitiva toccherebbe soltanto al Ministro.

Per dimostrarlo non è stato necessario far ricorso all'argomento letterale ricavabile dalla circostanza che l'art. 5 del Decreto ministeriale 12 giugno 1935 qualifica come definitivo il provvedimento dell'autorità sindacale; argomento al quale non del tutto inopportunamente, se pur forse troppo superficialmente (19), il collegio ha attribuito scarso valore probante. Nè è stato necessario rifarsi alla logica illazione ricavabile, ragionando *a contrario*, dalla circostanza che nello stesso articolo 5, dove il legislatore ha, per particolari ragioni, voluto un intervento dell'autorità governativa, lo ha espressamente stabilito — illazione, la quale è stata probabilmente con troppa facilità contrastata dal collegio, facendo ricorso ad argomenti di dubbio valore sopra tutto per quanto riguarda la determinazione della qualifica degli atti (20) — e tanto meno, poi, ci si è dovuti avvalere di argo-

(19) Non è, in fatti, da trascurare la circostanza che, al meno altre tre volte, nello stesso testo legislativo — delle quali una nello stesso articolo 5 —, viene qualificato come definitivo appunto un provvedimento contro il quale vuol essere negato ogni ulteriore gravame amministrativo (art. 4, ult. cpv.; art. 5, ult. per.; art. 6, ult. per.). E pare scarsamente attendibile che nello stesso testo un medesimo aggettivo tecnico venga impiegato ora nel suo significato più proprio, e ora no.

(20) Non mi sentirei, in fatti, di accedere alla proposizione, formulata dal collegio giudicante, secondo la quale, nell'ipotesi che, per discordanza di vedute tra la decisione del Presidente della Federazione e quella del Presidente della Confederazione, la ripartizione definitiva venga effettuata dal Ministro per gli scambi e per le valute, rispetto al provvedimento di quest'ultimo l'azione precedentemente esplicata dall'ente sindacale si qualificherebbe nè più nè meno che come una proposta. La tesi non merita credito, non fosse altro che per la considerazione che, qualora la si dovesse accettare, si verrebbe a qualificare in modo profondamente differente uno stesso atto (la ripartizione effettuata dall'associazione sindacale inferiore), a seconda che l'oggetto della sua pronuncia, a causa dell'essere stata essa o non confermata dall'atto di un altro ente (la così detta conferma dell'associazione sindacale superiore), venga preso o non a oggetto di nuova pronuncia da parte di un terzo ente (Ministero per gli scambi e per le valute).

Molto più rispondente alla reale essenza dei fatti a me pare invece la tesi sostenuta nel provvedimento impugnato, e combattuta nella sentenza del Consiglio di Stato, secondo la quale la decisione del Ministro per gli scambi e per le valute sulla ripartizione, riguardo alla quale l'avviso del Presidente della Confederazione sia stato difforme da quello del Presidente della Federazione, non andrebbe configurata che come una pronuncia di secondo grado rispetto a quella del Presidente della Confederazione. Il legislatore, in fatti, prevedendo l'ipotesi di una divergenza di punti di vista tra la Federazione e la Confederazione, circa

menti tortuosi e affatto convincenti, quali invece è stato costretto a impiegare il collegio, nel tentativo di dimostrare che, in fondo, l'autorità sindacale non si agirebbe se non in virtù di una delega, sia pure « in senso non strettamente tecnico », di un potere in effetti proprio del Ministero per gli scambi e per le valute (21).

Piuttosto, a riprova dell'esattezza della soluzione adottata non sarà forse in opportuno richiamare l'attenzione su un rilievo il quale non pare del tutto trascurabile. Esso in fatti, è in grado di dare efficace conferma al punto di vista, secondo cui la veste, sotto la quale le autorità, che sono a capo delle associazioni sindacali, vengono chiamate a pronunciarsi ai termini dell'art. 5 del Decreto ministeriale del 12 giugno 1935, non è se non quella dell'autorità, che, essendo a capo della categoria interessata alla ripartizione, lungi dal venir considerata come destinata a pronunciarsi semplicemente come autorità di prima istanza, viene ritenuta la meglio qualificata a decidere definitivamente della ripartizione stessa.

---

il modo di procedere alla ripartizione, ha conferito la potestà di dirimerla a quell'organo statale, cui fa capo la branca dell'amministrazione, che, per la materia di cui trattasi, viene in questione: vale a dire, al Ministro per gli scambi e per le valute. Ed è per ciò appunto che, fuori del caso di tale divergenza, pel quale espressamente la sua competenza venne sancita dal legislatore, ogni intervento di quest'organo statale è da considerare estraneo al sistema.

(21) A prescindere dalla considerazione — implicita negli svolgimenti condotti *sub* n. 4 — che non è affatto rispondente a verità l'affermazione che il potere esercitato, ai termini dell'art. 5 del Decreto ministeriale 12 giugno 1935, dagli enti sindacali sia, in effetti, un potere proprio del Ministero per gli scambi e per le valute, si impongono qui, contro la tesi adombrata dalla decisione che si annota, degli altri non meno decisivi rilievi. Occorre innanzi tutto osservare come sia certo vero che quello, secondo il quale, allorchè un'autorità, che si trovi, nei confronti di un'altra, in relazione di superiorità gerarchica, deleghi a essa un proprio potere, rimanga tuttavia legittimata a decidere in via gerarchica le questioni relative all'attività delegata, è un principio che viene comunemente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza (v., p. es., RAGNISCO, *I ricorsi*, cit., p. 178; ZANOBINI, *Corso*, cit., II, p. 110; Cons. di Stato, IV sez., 8 febbraio 1938, nel « Foro amm. », 1938, I, 1, c. 145). Ma questa constatazione non può affatto venir assunta — come sembra voler fare la decisione che si commenta — a elemento probante in favore della tesi che, dovunque esista un'attività delegata, debba ammettersi il ricorso all'attività delegante. Perchè, se si può ammettere, contro chi agisce in virtù di delega, la possibilità del ricorso a chi gli conferì la delega, ciò è dato esclusivamente in quei casi in cui tra autorità delegante e autorità delegata esista un rapporto di gerarchia, e appunto e solo in considerazione di tale rapporto: di norma, in fatti, contro il delegato non è da ammettere il ricorso al delegante, dato che il primo, in virtù della delega, sottentra nei poteri del secondo (sul punto, cfr., espressamente, gli autori già ricordati). Quanto, dunque, bisognerebbe prima d'ogni altro, provare, sarebbe appunto l'esistenza di un rapporto gerarchico: e solo in un secondo momento da essa potrebbe venir ricavata l'ammissibilità del ricorso dal delegato al delegante. Con l'invertire il procedimento di dimostrazione, la decisione che si annota commette, dunque, un grave errore dialettico, il quale vizia — ammesso che ne possa avere — ogni forza probante del ragionamento. Ma ciò non basta. Non meno grave è un'altra improprietà nella quale cade l'argomentazione della sentenza. Essa vorrebbe, in fatti, applicare i

Come più sopra si è visto, presso il Ministero per gli scambi e per le valute sono istituite delle speciali Giunte per prodotti, organi tecnici composti di un presidente, nominato del Capo del Governo, e di un numero variabile di membri, nominati, in rappresentanza delle categorie economiche interessate, dal Ministro delle Corporazioni. Tali Giunte, come è stato posto in evidenza, occupano, nei primi due stadi del procedimento rivolto alla fissazione e alla ripartizione del contingente delle merci da importare, una posizione di primo piano: sono esse che assumono l'iniziativa per quanto riguarda la fissazione periodica del contingente d'importazione delle singole merci; e sono esse che compilano il piano di ripartizione di tali merci tra le categorie interessate. E' solo dal terzo stadio del procedimento che il legislatore ha voluto escluderle. E, se, per attribuire il potere della ripartizione delle merci assegnate alle singole categorie tra le ditte appartenenti alle categorie stesse, ha fatto ricorso a un'autorità propriamente sindacale, lasciando da parte esse, che pur sono degli organismi tecnici a stretta base sindacale, evidentemente lo ha fatto in considerazione delle necessità di non avvalersi più tanto dell'organismo tecnico, quanto dell'agente meglio qualificato allo scopo specifico che qui si trattava di realizzare. Lo ha fatto cioè appunto nell'intento di affidare ai dirigenti delle categorie sindacali — e non a un organo tecnico, sia pure a stretta composizione sindacale — la potestà di ripartire tra gli appartenenti alla categoria, le merci assegnate dalle competenti autorità alla categoria stessa. Ove così non fosse stato, non si sarebbe stata, in fatti, ragione, per non avvalersi anche qui dell'o-

---

principi della delega (e — come si è visto — si tratta, per giunta, di principi non propri di tale istituto, ma applicabili soltanto in relazione ai casi di delega tra autorità tra le quali esistano certi particolari vincoli) a un'ipotesi nella quale manca il presupposto essenziale perchè di una delega possa parlarsi. Come è noto, « delega colui che conferisce ad altri un potere, un diritto che gli appartiene »: una delega può aversi cioè « solo quando la potestà conferita sia propria del conferente » (cfr., per tutti, TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931, p. 26 sgg. Invece, contro ogni criterio logico, la decisione che si annota vorrebbe vedere un caso di delega — sia pure « in senso non strettamente tecnico » —, per applicarvi i principi dell'istituto (e, come si è già detto, non si tratta poi nemmeno di principi che sono propri dell'istituto; ma di principi che si riportano esclusivamente all'esistenza di un rapporto di gerarchia), nell'ipotesi di un potere conferito da un'autorità diversa da quella il cui potere essa delegherebbe. Il collegio afferma, in fatti, che il Decreto del Capo del Governo del 12 giugno 1935 delegherebbe alle associazioni sindacali un potere che sarebbe proprio del Ministro per gli scambi e per le valute. E ciò urta gravemente contro i principi. I rilievi svolti rendono evidente come la tesi affacciata col parlare di delega sia destituita di ogni serio valore. E ciò anche a voler prescindere dalla considerazione che, per giunta, la presunta delega, di cui tratterebbesi, — come non ha mancato di avvertire lo stesso collegio — veniva posta in essere con un atto di natura legislativa (regolamento delegato).

pera delle apposite Giunte esistenti presso il Ministero per gli scambi e per le valute (22).

Un tale atteggiamento legislativo, il quale figura ben giustificato dagli intenti che, secondo la soluzione adottata nel presente studio, sono stati attribuiti al conferimento al Presidente della Federazione interessata dei poteri fissati dall'art. 5, costituisce dunque una valida riprova della attendibilità della soluzione.

---

(22) Lo conferma ampiamente la circostanza che in qualche ipotesi di carattere eccezionale, nella quale il legislatore ha ritenuto di dover far prevalere in modo più decisivo, sull'interesse della categoria, quello della Nazione, la procedura, lasciando da parte i rappresentanti sindacali della categoria interessata, si avvale appunto delle Giunte. L'art. 6 del Decreto del Capo del Governo del 12 giugno 1935 stabilisce, in fatti: « In deroga al disposto degli art. 4 e 5, per quanto riguarda l'importazione di macchine e apparecchi, la Giunta competente potrà pronunciarsi direttamente sulle singole domande d'importazione presentate dalle Ditte o dagli Enti interessati. Qualora la Giunta non raggiunga l'unanimità nelle sue deliberazioni circa le singole domande, spetta al Presidente deliberare. Qualora la deliberazione della Giunta o del suo Presidente sia contraria alla domanda presentata, ne verrà data comunicazione all'interessato, che potrà presentare le sue osservazioni al Sovraintendente entro otto giorni dalla presa deliberazione. Trascorso tale termine, il Sovraintendente, prese in esame le eventuali osservazioni degli interessati, delibera con provvedimento definitivo ».

Osservazioni sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti sottratti ad ogni gravame emessi da autorità incompetente*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1941, III, col. 133-139

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 ottobre 1940, *ibid.*, col. 133; le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 22 OTTOBRE 1940; PRES. ROCCO P., EST. MALINVERNO; MOSCHINI (AVV. SCIACCA) C. MINISTERO DELLA GUERRA (AVV. DELLO STATO).

La formula usuale secondo cui contro un dato provvedimento non è ammesso alcun gravame né in via amministrativa né in via giudiziaria va interpretata restrittivamente e non trova pertanto applicazione qualora il provvedimento insindacabile venga emesso da autorità incompetente.

Deve però trattarsi di una completa mancanza di competenza nell'organo amministrativo ad emettere un provvedimento in quella determinata materia; il che non si verifica se la norma che si assume violata affidi una determinata attribuzione ad un grande ufficio preposto ad una determinata branca della pubblica Amministrazione (nella specie: Ministero), sicché la censura che si propone prospetti una incompetenza che potrebbe dirsi «interna».

In tema di reintegrazione nel grado di ufficiali dell'esercito il provvedimento negativo è attribuito genericamente al Ministero della guerra e non risulta violata alcuna norma di competenza se esso venga emesso dal direttore generale.

La giurisprudenza costante del supremo consesso di giurisdizione amministrativa si è giustamente mostrata molto rigorosa e molto restrittiva nel determinare l'estensione da riconoscere a quelle norme di evidente carattere eccezionale, e pur divenute non infrequenti nella più recente legislazione (1), le quali, in relazione ai casi specifici cui si riferiscono, escludono la possibilità di ogni gravame giurisdizionale (2).

Tra i punti, sui quali l'indagine giurisprudenziale più aveva avuto modo di fermare la propria attenzione, era la circostanza che l'atto, in ordine al quale la questione dell'insindacabilità giurisdizionale sorgesse, fosse viziato d'incompetenza (3). E, in proposito, la soluzione nel senso che, nelle ipotesi di tal genere, la circostanza dell'incompetenza dovesse rappresentare un insuperabile ostacolo all'insindacabilità, era stata concorde ed univoca (4).

Con la decisione, cui si riferiscono le presenti fugaci considerazioni — le quali sono ben lontane dal voler tentare di affrontare e di risolvere in modo esauriente e definitivo i non lievi e complessi problemi che su questo terreno si pongono — il Consiglio di Stato, per la prima volta, esclude l'ammissibilità del sindacato giurisdizionale nei confronti di un atto viziato di incompetenza.

Errerebbe però chi, solo per ciò, volesse considerare questa

---

(1) Si veda l'ampia raccolta di materiale legislativo curata da IACCARINO, *Problemi di tecnica legislativa e di ermeneutica nell'odierno diritto pubblico*, estr. *dall'Arch. Scient. del R. Ist. Sup. di Sc. ec. e comm. di Bari*, 1932, nelle note a pag. 44 segg. V. inoltre, tra le disposizioni più recenti, l'art. 65 del t. u. 20 settembre 1934, n. 2011; l'art. 84 della legge 16 giugno 1935, n. 1026. Nella prassi legislativa recentissima non manca però qualche indizio di mutamento di direttive. Proprio la norma considerata nella decisione che si annota (art. 84 della legge da ultimo citata, relativa allo stato degli ufficiali) non risulta, in fatti contenuta nel più recente testo legislativo che disciplina la materia (cfr. l'art. 60 della legge 9 maggio 1940, n 369, sullo stato degli ufficiali del regio esercito).

(2) Tra le decisioni più recenti, cfr. Cons. di Stato, IV Sezione, 6 marzo 1936, *Foro it.*, 1936, III, 73; V Sezione, 25 marzo 1936, *ivi*, III, 122; IV Sezione, 9 maggio 1936, *ivi*, III, 137; 2 agosto 1936, nella *Riv. di dir. pubbl.*, 1936, II, pag. 626. V. inoltre il parere dell'Ad. gen., 20 maggio 1937, *Foro it.*, 1937, III, 276. Si vedano ancora le *Relazioni* del Presidente del Consiglio di Stato pel biennio 1929-30 (pag. 139), e pel quinquennio 1931-35 (II, pag. 717). Nello stesso senso è concorde la dottrina. Cfr., per tutti, IACCARINO, *Problemi*, cit., pag. 55; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5ª ed., Milano, 1937, pag. 328; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 2ª ed. Milano, II, 1940, pag. 216; PAPPALARDO, *Limiti all'ammissibilità del ricorso contro provvedimenti non impugnabili in sede di legittimità*, *Foro amm.*, 1938. II, c. 22. Il problema è stato impostato negli stessi termini per ciò che riguarda i limiti dell'insindacabilità degli atti politici: cfr. GUICCIARDI, *L'atto politico*, nell'*Arch. di dir. pubbl.*, 1937, pag. 297 segg.

(3) V. da ultimo, IV Sez. 26 agosto 1936, *Foro it.*, 1936, III. 241, Cassaz., Sez. Un., 12 dicembre 1937, *Foro it.*, 1938, I, 7. V. inoltre i richiami giurisprudenziali presso PAPPALARDO, *Limiti*, cit., in nota a col 23.

(4) Cfr., nello stesso senso, nella dottrina, CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, I, s. d. pag. 627 (in relazione però al ricorso straordinario al Re); IACCARINO, *Problemi*, cit., pag. 58; BORSI, *La giustizia amministrativa*, 6ª ed., Padova, 1938, pag. 221; ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 217.

decisione come derogatrice all'insegnamento giurisprudenziale costante. Lungi dal rappresentare una deviazione dai sani principi, che fin qui sono valsi a contenere entro opportuni e adeguati limiti l'interpretazione di norme, le quali, già in se stesse non meritevoli di molto favore (5), se applicate con mal compresa larghezza sarebbero suscettibili di risolversi in una deprecabile indifferenza degli organi giurisdizionali di fronte all'arbitrio degli agenti rivestiti dell'esercizio delle funzioni amministrative (6), essa rappresenta invece una significativa conferma della serena obbiettività che anima nei suoi pronunciati la nostra più alta magistratura amministrativa. La soluzione, che nel caso in esame il Consiglio di Stato ha sentito dover adottare, può, infatti, ben esser considerata come un frutto della sua sensibilità giuridica — ben a ragione unanimemente riconosciuta — non meno squisito di quanto lo fosse quello colto allorchè si erano fissati dei limiti alla insindacabilità dei provvedimenti dal legislatore qualificati come insindacabili.

Il profilo delineato è indubbiamente, tra quelli in cui è dato imbattersi nella decisione che si annota, quello che suscita maggiore interesse teorico. Apparirà per ciò giustificato se a esso soltanto si rivolgano le fugaci considerazioni che verranno svolte.

Qui non è il caso di riandare gli sviluppi della giurisprudenza in relazione al problema generale dei limiti della sfera di insindacabilità dei provvedimenti eccezionalmente dichiarati dal legislatore insindacabili. Tali sviluppi, ispirati sempre a un criterio di sano temperamento del rigore della legge col principio fondamentale del rispetto delle guarentigie giurisdizionali che sono alla base del sistema della nostra giustizia amministrativa, hanno fatto sì che, attraverso l'illustrazione e il commento degli studiosi, i problemi che essi involgevano già trovassero nella dottrina giusta eco e risonanza (7). E, anche se non può affermarsi che fin qui i problemi che su questo terreno vengono in questione abbiano avuto la loro migliore sistemazione dogmatica non sarebbe per altro questa la sede più opportuna per tentare di dare a essi — e sono tanti o così complessi — la definitiva soluzione.

---

(5) Per una vivace critica di ogni prassi legislativa la quale faccia impiego troppo frequente di disposizioni del genere, v. le pregevoli considerazioni del PAPPALARDO, *Limiti*, cit., pag. 19 segg.

(6) Opportunamente è stato osservato dal GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., pag. 298, che «ogni norma che stabilisce una eccezione in deroga ad un'altra deve forzatamente contenere anche l'indicazione dei limiti entro i quali la deroga deve ritenersi operante: ciò è inerente alla natura stessa della norma eccezionale».

(7) Cfr. IACOARINO, *Problemi*, cit., pag. 40 segg.; ORLANDO, *Un caso di conflitto fra Cassazione e Consiglio di Stato*, nel *Foro it.*, 1936, I, 737 segg.; FORTI, *Osservazioni*, *ivi*, 1936, III, 137 segg.; 1937, III, 282 segg.; 1938, I, 8; R. M., *Osservazione*, nel *Foro amm.*, 1936, I, 1, 140 segg.; DE CAPRARIIS, *Impugnativa in via amministrativa del provvedimento del Ministro delle finanze emesso a norma dell'art. 58 legge 7 gennaio 1929 n. 4. Infrazioni alla legge sulla tassa di scambio*, nel *Foro it.*, 1937, III, 277 segg.; PAPPALARDO, *Limiti*, cit., col. 19 segg.; FRAGOLA, *Atti amministrativi non impugnabili*, nella *Giur. ital.*, 1938, I, 1, 355 segg.

Tuttavia, ai fini peculiari dei presenti appunti, merita richiamare in materia l'attenzione su quello che può venir giustamente considerato — come è dato rilevare dalla stessa decisione che qui si commenta — il criterio ispiratore dell'indirizzo giurisprudenziale corrente, al fine di determinare se la formula in cui esso si risolve possa effettivamente venir accolta come esatto punto di partenza per eventuali successivi svolgimenti. Qui — si noti bene — non si intende affatto porre in discussione l'opportunità e la saggezza delle soluzioni di volta in volta accolte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella decisione dei casi concreti. Su esse, non è dato, di massima, avanzare seri dubbi (8). Quanto vuol esser posto in luce adeguata è invece soltanto il rilievo che, sulla formula introdotta e seguita dalla giurisprudenza, al fine di giustificare dal punto di vista della tecnica giuridica le applicazioni pratiche, è forse lecito avanzare qualche non trascurabile riserva. E tale rilievo trova — a me pare — una significativa conferma proprio nella decisione che forma oggetto delle presenti considerazioni. In essa, in fatti, se il Collegio ha voluto pervenire alla soluzione corretta del caso che si presentava al giudizio, non ha potuto limitarsi puramente e semplicemente a far ricorso alla formula usuale.

Il criterio comune di determinazione dei limiti tra la sfera di insindacabilità e quella di sindacabilità, sul quale la giurisprudenza ha avuto modo di consolidarsi, suole fondare sulla circostanza che il vizio del provvedimento impugnato inerisca semplicemente all'*uso* del potere da parte dell'autorità agente, o dipenda invece dall'avere quest'ultima indebitamente *superato* i confini dell'ordinamento fissati al suo potere (9). Sarebbe cioè a considerare sottratto al sindacato esclusivamente quel provvedimento, il quale fosse viziato dalla circostanza che l'autorità non si fosse, nell'*uso* del suo potere, attenuta ai principi, e non anche quello il cui vizio consistesse invece nella circostanza che la autorità avesse comunque *violato i limiti* assegnati al proprio potere (10).

Il primo ed essenziale rilievo, che qui s'impone, è che una formula di tal genere mal si riuscirebbe a inquadrare tutte le possibili manchevolezze di cui un atto dell'autorità sia suscet-

(8) Non altrettanto può invece dirsi nei confronti della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale qualche volta non ha mancato di attirare su di sé vivaci e severe critiche. Si ricordi specialmente la decisione delle Sez. Un., 10 giugno 1936, *Foro it.*, 1936, I, 737, la quale diede occasione alla vivace nota dell'ORLANDO, cit. *sub* nota prec. Oggi però anche il Supremo Collegio appare incamminato sulla direttiva segnata dal Consiglio di Stato. Si vedano le più recenti decisioni delle Sez. Un., 23 luglio 1937, *Foro it.*, 1937, I. 1444 ; 13 dicembre 1937, *Foro it.*, 1938, I, 7.

(9) Tale criterio, riportato in entrambe le *Relazioni* del Presidente sul Consiglio di Stato, nel biennio 1929-30 (pag. 139 seg.), e nel quinquennio 1931-35 (II, pag. 725), risulta formulato in modo particolarmente deciso nelle più recenti pronuncie del Cons. di Stato (IV Sezione 26 agosto 1936, *Foro it.*, 1936, III, 241) e della Corte di cassazione (Sez. Un., 13 dicembre 1937, *Foro it.*, 1938, I, 9), nonchè nella stessa sentenza che si annota.

(10) Il criterio comunemente accolto ha fatto sì che fosse unanimemente riconosciuta l'ammissibilità del sindacato sulla competenza.

tibile: con la conseguente perplessità circa l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria di quelle manchevolezze, nei confronti delle quali l'incertezza si presenta maggiore. Così è avvenuto a es., che, mentre talvolta non si è mancato di riconoscere l'insindacabilità di un atto inficiato da violazione di legge (11), talaltra è stato considerato sindacabile un atto emesso secondo una procedura diversa da quella predisposta per l'atto qualificato dalla legge come insindacabile (12).

Nè questo è certo il solo rilievo che contro la formula possa venir avanzato. Applicata col rigore più severo, essa, col limitare l'insindacabilità al profilo dell'*uso del potere*, pare condurre necessariamente alla conclusione che il sindacato del magistrato sia da escludere nei confronti dei soli atti viziati di sviamento di potere (13). Il che, da una parte, si risolverebbe in una grave e ingiustificata limitazione del contenuto della disposizione legislativa, in favore della quale non apparirebbero irrefutabilmente suffraganti, nè le acute sottigliezze di quella dottrina che ha tentato di corroborare con argomenti teorici gli svolgimenti giurisprudenziali, nè le conseguenze che potrebbero volersi ricavare dalle ardite recentissime osservazioni di un valoroso privatista, il quale, in un perspicuo tentativo, ha cercato di forzare il rigore di testi legislativi, inequivocabili nel contenuto, ricorrendo a veri virtuosismi dialettici (14). E, dall'altra, apparirebbe in contrasto coi più corretti criteri d'interpretazione del nostro sistema legislativo, i quali logicamente non possono non tener conto della circostanza che, ogni volta che il legislatore abbia inteso escludere il ricorso in relazione ad alcuno soltanto dei vizi di legittimità degli atti amministrativi, ha fatto espresso riferimento unicamente a esso (15).

Per altro, formulando nel caso in esame, nei confronti proprio di quel vizio di incompetenza, la cui disciplina fin qui pareva risultare ricavabile dalla formula nella maniera più felice, una conclusione in netto ed evidente contrasto con quella tradizionale — la quale era ferma nel considerare sottratto al privilegio dell'insindacabilità il provvedimento inficiato da tale vizio (16) —, la sentenza che qui si annota reca indubbiamente

---

Cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 217. Anzi è da rilevare che spesso, specialmente nelle decisioni meno recenti (tra le più recenti, a tal fine merita particolare attenzione quella della IV Sezione, 9 maggio 1936, *Foro it.*, 1936, III, 138), l'unico limite alla insindacabilità dell'atto è stato individuato appunto nell'incompetenza dell'agente (IV Sezione, 26 gennaio 1928, *Foro it.*, 1928, III, 83).

(11) IV Sezione, 10 giugno 1936, *Foro amm.*, 1936, I, 1, 309.

(12) Si veda il parere del Cons. di Stato, Ad. gen., 14 maggio 1936, ricordato dal RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, in nota a pag. 318 segg.

(13) Appunto a tale soluzione perviene — pur giudicandola però egli stesso come «abbastanza ardita» — IACCARINO, *Problemi*, cit., pagina 58.

(14) BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici*, in *Jus*, 1940, pag. 441 segg.

(15) V., p. es., il regio decreto 25 gennaio 1923, n. 87; il regio decreto 16 giugno 1923, n. 1413; l'art. 3 della legge 24 dicembre 1925, n. 2300; l'art. 2 del regio decreto-legge 11 marzo 1926, n. 413; gli articoli 132 e 206 del t. u. 5 febbraio 1928, n. 577.

(16) Contro tale punto di vista, v. però DE CAFRARIIS, *Impugnativa*, cit., col. 279 e nota 9 ivi.

al criterio di cui si discute un nuovo fiero colpo. Essa, infatti conclude per l'insindacabilità di un provvedimento il cui vizio non risiedeva affatto nel modo con cui il potere era stato usato.

Provata, dunque, la scarsa attendibilità della formula fin qui presa in esame, occorre subito aggiungere come sembri meritare invece migliore considerazione quella, secondo cui il sindacato è da ammettere ogni volta che si possa ritenere di trovarsi a contatto di un provvedimento *diverso* da quello, in riferimento al quale il privilegio dell'insindacabilità venne accordato (17).

Se non che, qui si profila una difficoltà, la quale non è certo delle più lievi in cui sia dato imbattersi nello studio del fenomeno. Il problema della determinazione dei limiti, entro i quali, pur risultando in contrasto con qualcuno dei principi posti dall'ordinamento per la sua perfetta regolarità, un atto possa venir inquadrato entro quei medesimi schemi giuridici che gli sono propri quando sia perfettamente regolare, e fuori dei quali non possano invece più venirgli riconosciuti i caratteri necessari al suo inquadramento in quegli schemi, è indubbiamente del più ardui che la tecnica degli atti giuridici possa presentare. In una nota di non recente stesura, ma di recente pubblicazione, già si è avuto modo di trovarsi a contatto di tale problema; e, lungi dall'affrontarlo in tutta la sua complessità — cosa che avrebbe richiesto ben più profondo esame di quello che poteva consentire la sede dei rilievi — si è tentato di profilare sommariamente qualcuno dei suoi aspetti (18). Nè questo è il luogo migliore per portare in pieno l'esame sulla grave questione — alla quale fin ora così poca attenzione ha dedicato la dottrina — e per sviluppare con maggiore profondità i sommari rilievi in quella occasione appena abbozzati. Sarà stato quindi sufficiente l'aver richiamato l'attenzione sull'arduo problema, e l'aver precisato come, soltanto attraverso la soluzione di esso, possa esser dato pervenire, in relazione alla questione che interessa risolvere, a un risultato soddisfacente.

Piuttosto, ai fini limitati dell'interesse che ha suggerito le presenti brevi note, potrà essere qui opportuno cercare di portare quel poco lume, che riesce possibile, sulla rilevanza che, in ordine al problema generale che si è delineato, è in grado di

---

(17) Già adombrata, sia in pronunciati giurisdizionali (v., p. es., IV Sezione, 10 giugno 1936, *Foro amm.*, 1936, I, 1, 309), sia in rilievi dottrinali (v., p. es. FORTI, *Osservazione*, cit., nel *Foro it.*, 1936, III, 137 seg.), tale formula ha trovato il suo più completo espositore in PAPPALARDO, *Limiti*, cit., col. 23 segg. I termini del problema non sono diversi da quelli nei quali si pone il problema dei limiti dell'insindacabilità dell'atto politico. Anche per questo, in fatti, tali limiti vanno appunto fissati là dove si comincia a venire a contatto di atti, i quali non possono più venir considerati come politici. Cfr. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., pag. 297 segg.

(18) SANDULLI, *In materia di limiti della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, nella *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, II, pag. 31.

rivestire la circostanza che l'atto, in relazione al quale sorga la questione dell'inquadrabilità negli schemi che gli sarebbero propri qualora fosse stato emesso in modo perfettamente regolare, sia stato posto in essere un'autorità incompetente.

Ancora qui si viene però a contatto di uno di quei problemi, i quali meriterebbero di essere sottoposti a completo riesame. Il tema dell'incompetenza, pur così antico, è certo di quelli che da un'integrale rielaborazione avrebbero non poco da guadagnare. Basti per mente — tanto per restare sul terreno delle presenti considerazioni — come oggi non si sappia ancora con precisione quali siano i limiti, entro i quali un atto emesso da un'autorità incompetente possa venir considerato, se pur viziato, e per ciò annullabile, come vero e proprio atto amministrativo, e oltre i quali invece tale qualifica non gli possa più venir riconosciuta (19). Anche tale questione va lasciata dunque in questa sede insoluta, non senza aver posto però in evidenza come non sembri a dubitare che, oltre un certo limite, il provvedimento emesso dall'autorità incompetente non possa — almeno come provvedimento di quella particolare specie, nella quale, secondo l'intenzione del suo autore, avrebbe dovuto inquadrarsi — venir considerato come esistente (20).

Alla soluzione del problema, che specificamente interessa il nostro esame, sarà invece sufficiente — al fine di ricavarne le conseguenze parziali che a noi premono, in ordine ai più vasti problemi che si sono delineati — soffermare la considerazione semplicemente su quel particolare vizio di incompetenza che è dato riscontrare in un atto amministrativo, allorchè esso, anzi che esser posto in essere dalla specifica autorità, legittimata alla sua emissione, sia stato emesso da un'autorità, inquadrata in quel medesimo ufficio cui presiede la prima, ma a questa subordinata (21).

Un primo punto da fissare a tal proposito è che, se, come si è detto, non è a dubitare che, oltre certi limiti, l'incompetenza dell'autorità è a considerare come un elemento il quale vale a porre in questione la stessa esistenza dell'atto amministrativo, occorre pur convenire che tale ipotesi non può ricorrere se non nei casi più gravi: certamente, a mio modesto modo

---

(19) Su tale problema (al quale, sopra tutto in relazione alla questione della *voie de fait*, ha avuto modo di dedicare particolare attenzione la dottrina francese), e sulle difficoltà che esso presenta, si veda presso di noi, specialmente DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pag. 17 segg.; *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, II, 1936, pag. 19 e segg.

(20) Tra i più recenti sostenitori della tesi contraria, v. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*. Milano, 1939, pag. 165 seg., al quale si rinvia anche per ulteriori richiami bibliografici.

(21) Al fini della linearità dello svolgimento, non è qui il caso di indugiarsi sulle questioni particolari affrontate nella decisione che si commenta, e rivolte a determinare se competente alla emissione dell'atto che veniva in esame fosse il Re o il Ministro, e se comunque il direttore generale, qualora non delegato espressamente, fosse legittimato a esso. A tal fine potrà tuttavia non esser privo di significato rilevare come la più recente norma sulla materia preveda la necessità

di vedere, nel caso dello straripamento di potere (22); probabilmente nel caso dell'incompetenza per territorio (23). Nei casi, nei quali la gravità dell'incompetenza, pur essendo indiscutibile, appare meno decisa, non è invece a dubitare che un tale vizio non possa essere se non causa di annullamento dell'atto (24). E tale appunto, secondo il punto di vista che pare degno di accoglimento, l'ipotesi che si riscontra allorchè un provvedimento, anzi che esser posto in essere dall'autorità propriamente legittimata alla sua emanazione, sia stato emesso da un'autorità inquadrata nel medesimo ufficio, ma alla prima inferiore. A ragionare diversamente, si corre il rischio di svuotare di ogni contenuto quelle disposizioni legislative, le quali, sanciscono come conseguenza del vizio di incompetenza l'annullabilità dell'atto amministrativo (v. spec. l'art. 26 t. u. sul Cons. di Stato, in connessione con l'art. 45 dello stesso t. u.).

Nel caso che si presentava all'esame del giudice amministrativo, nella controversia che ha dato luogo alla decisione cui i presenti rilievi si riferiscono, si veniva quindi a contatto di un atto amministrativo annullabile. Fino a questo punto quindi nessun ostacolo avrebbe potuto venir frapposto all'applicazione di quella norma, la quale, nel riferirsi alla categoria degli atti in questione, ne esclude la sindacabilità giurisdizionale.

Resta ora a chiedersi — e questo è il punto essenziale — se l'irregolarità qui riscontrata potesse venir considerata, per sua natura, tale, da far sì che l'atto in questione non fosse inquadrabile negli schemi che gli sarebbero stati propri qualora non fosse intervenuta. Pur senza essere inesistente come atto amministrativo, l'atto in questione potrebbe, in fatti, essere inesistente come atto di quella determinata specie, alla quale sa-

---

del decreto reale; cfr. l'art. 60, 1° capov., della legge 9 maggio 1940. n. 369.

(22) È da notare che probabilmente i limiti di questa stessa nozione meritino di venir approfonditi con maggior cura di quanto non si sia fatto fin ora. Forse, a penetrare *funditus* nell'analisi, si noterebbe che in essa potrebbero venire inquadrati non soltanto quei casi in cui un organo pubblico abbia addirittura esorbitato dai limiti propri del potere nel quale — secondo la classica tripartizione dei poteri dello Stato — risulti inquadrato (si pensi, ad es., a una sentenza emessa da un prefetto), ma anche i più gravi di quei casi, nei quali un'autorità, pur esplicando una funzione propria anch'essa di quel medesimo potere nel quale risulti inquadrata, abbia esorbitato dall'attività sua propria, per porre in essere un atto caratteristico di un'autorità diversa, e nettamente eterogeneo rispetto alle sue vere attribuzioni (si pensi, ad es., all'emissione, da parte di un intendente di finanza, di un bando militare). Per l'inesistenza dell'atto, in casi di tal genere, si è espresso il DE VALLES, *La validità*, cit., nota 9 a pag. 21, il quale però si avvale su questo terreno del concetto, da lui introdotto, di incompetenza formale. Parla, allo stesso proposito, di nullità assoluta, FORTI, *Diritto amministrativo*, ristampa della 2ª ed., Napoli, II, 1937, pagina 199.

(23) Cfr. FORTI, *Diritto amministrativo*, cit., II, pag. 199, il quale però anche qui — partendo sempre dal suo punto di vista, secondo cui nella teoria dell'invalidità degli atti amministrativi bisognerebbe distinguere l'inesistenza, la nullità assoluta e l'annullabilità — parla di nullità assoluta.

(24) Su questo punto non esistono controversie in dottrina.

rebbe appartenuto qualora fosse stato emesso nel modo più regolare.

In questa sede si è preferito astenersi dal prendere in considerazione, nei suoi termini più generali, il problema dei limiti entro i quali possa riconoscersi che un atto, pur viziato, si conservi fedele alla sua qualifica e alla sua essenza. Tuttavia — pur senza voler per ciò prendere posizione sul problema generale — non pare che, nel caso in esame – al quale si son volute limitare le poche considerazioni svolte — e cioè nell'ipotesi dello specifico vizio di incompetenza riconoscibile nella circostanza che, nell'emissione dell'atto, all'autorità superiore si sia sostituita un'autorità inferiore inquadrata nello stesso ufficio, possa ritenersi che l'atto sia, a causa del suo vizio, venuto a mutar qualifica (25). Una irregolarità di tal genere, la quale inevitabilmente si risolve in una invalidità, non pare certo sufficiente (sopratutto quando si consideri, come è stato opportunamente posto in risalto dal Collegio, che in fondo l'autorità la quale ha agito risultava inquadrata in quel medesimo ufficio al quale apparteneva l'autorità superiore che avrebbe dovuto provvedere, e che quindi, in fin dei conti, si sarà ispirata ai medesimi principi e alle stesse direttive cui questa si sarebbe attenuta) a far ritenere mutata la sostanza dell'atto. In linea di prima approssimazione non sembra, in fatti, azzardato formulare il principio che, per quanto attiene al profilo della competenza, al meno fin quando non possa dirsi che per esso l'autorità agente abbia esorbitato dalla sfera d'azione propria dell'ufficio, nel quale risultino inquadrate tanto essa stessa, quanto la autorità che avrebbe dovuto provvedere (26), un atto non possa mai esser considerato *diverso* da quello che sarebbe stato qualora non fosse incorso nel vizio che lo inficia.

È quindi da considerare corretta la soluzione, cui il magistrato, con la decisione annotata, ritenne dover pervenire.

---

(25) Pare aderire all'opinione contraria PAPPALARDO, *Limiti*, cit., col. 29, e nota 1, ivi. Ad accogliere una tesi di tal genere si correrebbe però veramente il rischio, opportunamente posto in evidenza dal DE CAPRARIIS, *Impugnativa*, cit., col. 279, e nota 9 ivi (è questa la parte sana delle sue osservazioni, contro le quali si appuntarono a suo tempo gli acuti rilievi del FORTI, nella *Postilla* alla stessa nota), di fare un trattamento diverso, in seno alla categoria dei vizi di legittimità (ai quali tutti, nel loro complesso, ebbe riguardo il legislatore) al vizio di incompetenza. Il che sarebbe privo di ogni giustificazione nel diritto positivo.

(26) Si ricordino in proposito, circa la peculiarità dei caratteri che la ripartizione delle competenze assume in ordinamento gerarchico, le osservazioni dell'AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, pagina 47. Anzi, in proposito, può esser significativo ricordare ancora come sia stato autorevolmente sostenuto che nell'interno dell'ordinamento di una sola gerarchia o di un solo ufficio — quale, a es.; un ministero — non possa parlarsi, in senso proprio, di una ripartizione di competenze: in quanto «gerarchia è concetto antitetico di competenza esclusiva» (DE VALLES, *Teoria giuridica*, cit., I, 1931, pagg. 304, 313).

Considerazioni in materia d'impugnabilità degli atti di nomina delle Commissioni giudicatrici di pubblici concorsi*

Pubblicato in

*Rivista del Pubblico Impiego***
1941

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 1940 n. 31 e 23 febbraio 1940 n. 87, pubblicate in *Rivista del Pubblico Impiego*, 1940, II, pp. 223 e 199; le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

** Estratto con paginatura autonoma

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V: 17 GENNAIO 1940 N. 31; PRES. FAGIOLARI, EST. SEVERI; COSTANTINI C. AMMIN. PROV. ROMA E BONFIGLIO.

Le deliberazioni di nomina dei componenti delle Commissioni giudicatrici dei concorsi vanno impugnate ex se, *separatamente dagli atti del concorso.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V: 23 FEBBRAIO 1940 N. 87; PRES. FAGIOLARI, EST. MESINA; PERROTTA C. COM. CESENA E FANTOZZI.

Le deliberazioni di nomina delle Commissioni giudicatrici dei concorsi possono essere impugnate anche col provvedimento di nomina del vincitore.

Le due decisioni, cui la presente nota si riferisce, emesse dallo stesso Collegio a brevissimo intervallo di tempo l'una dall'altra, e pur tra loro non perfettamente collimanti, in una materia alla quale la dottrina ha dedicato finora così scarsa attenzione e sulla quale la giurisprudenza non è mai riuscita a trovare una direttiva unitaria e definitiva, sono indubbiamente in grado di offrire un interessante spunto a qualche fugace considerazione da parte di chi di recente ha avuto modo di dedicare un ampio lavoro allo studio del procedimento amministrativo (1). Tanto più il loro contenuto richiama poi l'attenzione, quando si pensi che esse sono state fatte oggetto di commento, l'una da un insigne maestro, l'altra da un autorevole cultore della nostra materia, militante nelle file della nostra maggiore magistratura amministrativa, i quali, nel manifestare il loro dissenso ciascuno nei confronti della decisione cui si riferiva, sono pervenuti a conclusioni tra loro collidenti, e — strana circostanza – si sono trovati incosciamente ciascuno a prestare la propria adesione alla decisione commentata sfavorevolemente dall'altro (2).

Tale circostanza vale indubbiamente a dimostrare quale sia la delicatezza dell'argomento, la quale sarà resa ancor più evidente, sol che si pensi che le tesi prospettate dalla

---

(1) SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

(2) La prima delle decisioni riportate è stata annotata dal PAPPALARDO, in una osservazione senza titolo, e firmata con la sigla P., inserita nella *Giur. It.*, 1940, III, c. 181 segg.; la seconda è stata invece ampiamente commentata in un notevole articolo del BORSI, *Il termine d'impugnabilità degli atti di nomina delle commissioni giudicatrici dei concorsi nella più recente giurisprudenza*, inserito nella *Riv. Dir. Pubbl.*, 1940, I, p. 506 segg. Ove ai due studi citati si aggiungano i brevi spunti del PAPPALARDO, *Questioni in materia di concorsi sanitari*, nella *Riv. Dir. Pubbl.*, 1938, I, p. 230 segg., e le considerazioni da me svolte a pag. 64, e nella nota 14 a pag. 64 seg. del lavoro cit. *sub* nota prec., in applicazione dei principî ivi formulati, possono considerarsi esaurite le indicazioni della letteratura sull'argomento.

giurisprudenza – la quale, nei suoi contatti coi problemi della pratica quotidiana, molto più della dottrina ha avuto modo di dedicare al problema la propria attenzione – non sono soltanto quelle accolte dalle decisioni che qui si annotano: ma sono ben più varie, in una vasta gamma, la quale procede gradatamente da quelle che senz'altro negano l'impugnabilità dell'atto di nomina della commissione esaminatrice del concorso prima del momento conclusivo del concorso stesso, fino a quelle le quali considerano senz'altro impugnabile fin dal momento della sua emissione l'atto di nomina della commissione, attraverso le notevoli e numerose sfumature intermedie (1).

Si può dire che siamo qui veramente a contatto di uno dei punti più delicati – se non proprio del più delicato – nei quali sia dato imbattersi a chi affronti il complesso problema del procedimento amministrativo. Tanto delicato, che proprio a proposito di esso, nella concordia unanime della quale finora la nozione soleva nella dottrina venir circondata, si è levata una autorevole voce di dissenso, la quale – almeno nei suoi rapporti con la giustizia amministrativa (e cioè proprio sul terreno dove essa ha trovato le maggiori applicazioni) –, dopo aver con chiara visione osservato come buona parte degli insegnamenti in materia siano « non del tutto ben maturati » (2), non ha esitato a definire come « incerta e discutibile » tutta la teoria del procedimento (3).

Il punto più arduo della teoria del procedimento amministrativo, – e, per giunta, quello cui meno si è rivolta l'attenzione degli studiosi, – è indubbiamente quello relativo ai limiti della nozione. Anzi – può subito aggiungersi – il più difficile consiste proprio nella determinazione del momento iniziale del procedimento: quello cioè che qui viene in esame. In materia non esistono delle norme espresse: la stessa nozione del procedimento è dovuta esclusivamente alla formulazione teorica. Ma appunto per ciò sarebbe un grave torto voler senz'altro rinunziare in proposito all'aspirazione di fissare un qualche criterio valido. Col seguire una tale direttiva agnostica, si finirebbe col pervenire all'abbandono di ogni sistema, aprendo fatalmente la via a un empirismo tanto facile, quanto dannoso.

È vero che la nozione del procedimento è una di quelle, che, se non intese a dovere, sono suscettibili di indurre facilmente in pericolosi errori concettuali, tali da non restare, a loro volta, senza serie ripercussioni pratiche: proprio la materia dei concorsi, attualmente in esame, è in grado di offrire di ciò una prova significativa. In altra sede, appunto da ciò spinto, io stesso ho cercato di sottoporne a revisione la nozione e le sue applicazioni (4). Ma quando la si sia adeguatamente studiata e approfondita, e quando, opportunamente fissatone il concetto, la si sia attentamente analizzata nella sua struttuta, essa è ben suscettibile di recare alla teoria e alla prassi notevoli vantaggi. Naturalmente, però, il primo lavoro da intraprendere, quando si voglia giungere a un simile risultato, è quello di fissare i limiti della nozione: cosa certo difficile, ma non impossibile.

Gravi difficoltà non esistono per quanto riguarda il limite terminale del procedimento. Se, quando si parla del procedimento, si ha riguardo alla serie di atti giuridici, i quali vengono in essere in vista della realizzazione di una certa fattispecie (5), è evidente che il procedimento sarà da considerare concluso al momento in cui la fattispecie in questione si sia perfezionata: quando cioè sia completa tanto degli elementi propriamente costitutivi dell'effetto giuridico, quanto degli eventuali elementi di efficacia (6).

Ben maggiori sono invece le difficoltà nelle quali si imbatte chi si accinga a fissare il momento iniziale del procedimento. Giustamente l'autorevole commentatore della seconda delle sentenze che si annotano ha posto in evidenza come qui, facendo capo al rapporto di connessione, si corre il rischio di risalire, nella ricerca di tale momento, via via sempre più indietro, fino a includere nella serie – quando ci si riferisca, ad esempio, alla procedura di concorso – lo stesso bando di concorso, o addirittura l'atto dichiarativo della vacanza del posto o determinativo dei lavori da compiere, il regolamento generale che ha dato norma al concorso, ecc., con la poco confortante conseguenza che « l'assurdo trionferebbe » (7).

---

(1) Su tale giurisprudenza, vedi, per ampi richiami, *Il procedimento*, cit., nota 14 a pag. 64 seg.

(2) BORSI, *Il termine*, cit. pag. 506.

(3) BORSI, *Il termine*, cit., pag. 512, La teoria del procedimento continua però a ricevere adesioni e applicazioni nella dottrina: cfr., da ultimo, oltre l'osservazione del PAPPALARDO, cit. *sub* nota 3, quella del FORTI, inserita nel *Foro It.*, 1941, III, col. seg.

(4) *Il procedimento*, citato.

(5) V. *Il procedimento*, cit., pag. 41 e *passim*.

(6) Sul concetto degli uni e degli altri, e sulla loro distinzione, vedi *Il procedimento*, cit., pag. 175 segg.

(7) BORSI, *Il termine*, cit., pag. 512. Per una diffusa critica di un metodo di tal genere, vedi *Il procedimento*, cit., pag. 53 segg.

Errerebbe però chi, scoraggiato da tali accorti rilievi si lasciasse portare a rinunziare in materia alla fissazione di ogni criterio teorico. L'unica conseguenza da ricavare da tali considerazioni, quando ci si voglia realmente conservare fedeli alla vera missione cui il teorico deve adempiere, è invece quella di cercare di fissare un criterio quanto più possibile rispondente alle esigenze che è destinato a soddisfare.

Tale ricerca – quanto mai laboriosa e piena di ostacoli, in una materia nella quale lo studioso può contare tanto poco sull'ausilio del diritto positivo – ha costituito una delle cure maggiori cui ho cercato di assolvere nel recento studio già ricordato. Non so se e quanto i risultati cui ho ritenuto di poter pervenire siano a considerare soddisfacenti. Oso tuttavia coltivare l'illusione che essi possano almeno valere a fissare – nella completa assenza di ogni precedente teorico – un punto di partenza, sia pur di non grande rilievo, per ulteriori approfondimenti del delicato argomento. A ogni modo, siccome a tutt'oggi non è dato ricavare da altra fonte alcun criterio comunque utilizzabile allo stesso fine, mi si perdonerà se io mi avvalga, nella soluzione del quesito che forma oggetto delle presenti considerazioni, unicamente degli strumenti in quella occasione forgiati. Ove non altro le presenti applicazioni potranno, sotto tale aspetto, avere il vantaggio di rappresentare – sia in *pro* che in *contra* – il loro banco di prova.

Spesso la dottrina ha avuto modo di porre in evidenza come sia normale il caso che l'effetto giuridico non si colleghi, nel sistema degli elementi rilevanti per il diritto, a un solo fatto (1). Nella generalità dei casi, infatti, quando si fermi la considerazione su un qualche effetto giuridico, si viene a cortatto di una pluralità di elementi – più o meno intimamente tra loro connessi –, i quali tutti, in modo più diretto o meno diretto, più immediato o meno immediato, esercitano su di esso la propria influenza. Il punto, sul quale il teorico, ogni volta che venga a contatto di un fenomeno di tal genere, deve fermare la propria attenzione, consiste nella individuazione della funzione che, in relazione all'effetto in esame, ciascuno degli elementi per esso giuridicamente rilevanti esercita. Quando si dedichi a tale ricerca, egli non potrà a meno di riconoscere come soltanto una parte, ben limitata, di tali elementi, esplichino su quell'effetto un'azione immediata e diretta – sia pur spesso tra loro ben varia –: e questi sono quelli che vanno compresi sotto la denominazione di elementi della fattispecie: la fattispecie risulta appunto dal loro concorso. Gli altri, invece, – e sono molti e vari, tra loro collegati in una serie ampia e ininterrotta, la quale normalmente sale molto in alto (basti pensare, ad esempio, che ha una sua indiscutibile rilevanza, nei confronti dell'atto di nomina a un pubblico impiego, il provvedimento col quale l'autorità che decise di bandire il concorso venne chiamata a coprire il posto che a tale decisione la legittimava) – esplicano sull'effetto giuridico in questione un'azione meramente mediata. Anche essi hanno nei confronti di tale effetto una indiscutibile rilevanza: ma questa si esplica su tale effetto soltanto mediatamente, e precisamente con l'influenzare e col determinare in modo vario l'essenza della fattispecie, la quale è poi quella che esercita sull'effetto giuridico l'azione immediata. Appunto per tale loro particolare funzione, a essi va attribuito il nome di presupposti (2).

Come si è visto, la loro categoria è molto vasta. E molto varia è la gamma dei loro valori e del rilievo che essi hanno nei confronti della fattispecie, e, di riflesso, nei confronti dell'effetto giuridico. Anche in seno a essi si impone dunque una classificazione. Qui non è il caso di affrontarla o di riesaminarla (3). Ai fini delle presenti brevi note, sarà invece sufficiente precisare come appunto in tale categoria devano farsi rientrare i così detti atti preparatori (4).

Questi sono, tra i presupposti – e cioè tra gli elementi i quali, pur essendo estranei alla fattispecie, hanno un indiscutibile rilievo giuridico nei confronti dell'effetto proprio di essa, – quelli che più sono vicini alla fattispecie. Sono, in fatti, caratterizzati dal venire in essere in stretta e immediata funzione della fattispecie cui si riferiscono. Tra i presupposti, cioè, sono i soli, presso i quali siano riscontrabili quei caratteri di funzionale e immediata coordinazione a un fine unitario, i quali li uniscono insieme agli elementi della fattispecie

---

(1) Cfr. per tutti, SCIALOJA, *Negozi giuridici*, 3ª rist., Roma, 1933, pag. 15; v. TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München-Leipzig, II, 1, 1914, nota 5 a pag. 4, e pag. 14.

(2) Sui concetti fin qui svolti, vedi, anche per ulteriori richiami, *Il procedimento*, cit., pag. 43 segg.

(3) Per una delineazione molto sommaria di una classificazione del genere, vedi *Il procedimento*, cit., pag. 59 segg.

(4) Per la delineazione della categoria, del concetto e dei caratteri di questi, vedi *Il procedimento*, cit. pag. 51 segg., di dove son ricavati i sintetici svolgimenti che seguono nel testo.

nell'unica serie che li può far considerare come inquadrati in un unico procedimento. Perchè questi caratteri ricorrano, sono necessarie due circostanze: in primo luogo, che si tratti di atti, i quali vengano in essere espressamente in vista della fattispecie in questione; in secondo luogo, che si tratti di atti, i quali non appaiano dotati, per quanto riguarda il loro effetto specifico che verrà a ripercuotersi sulla fattispecie, di una autonomia funzionale, e cioè che si tratti di atti, tutta la forza funzionale dei quali venga a riflettersi integralmente e immediatamente sulla fattispecie generatrice dell'effetto giuridico, e venga da questa assorbita, senza che quindi, per sè stessi, essi siano comunque in grado di generare la lesione di alcun interesse. Soltanto su tali basi riesce ammissibile concepire una categoria, alla quale possa effettivamente venir riconosciuta, nel quadro degli elementi rilevanti nei confronti dell'effetto giuridico, una collocazione a sè. Solo su tali basi è dato, infatti, riconoscere la presenza di una categoria dotata di caratteristiche e di disciplina giuridica autonome e omogenee.

Quando, alla stregua di tale criterio, si passi a determinare se all'atto di nomina della commissione esaminatrice possa venir riconosciuta la qualifica di atto preparatorio nei confronti del risultato del concorso, e se quindi esso possa venir considerato come inquadrato nella procedura di concorso, non si può non formulare la soluzione negativa. È indubbiamente vero che l'atto di nomina della commissione è uno degli atti che vengono posti in essere in vista del provvedimento al quale il concorso dovrà mettere capo. Ma, perchè lo si possa considerare come atto preparatorio in vista di tale provvedimento, e quindi, come tale, inquadrato nel procedimento a questo relativo, manca una caratteristica fondamentale. A che un atto possa venir considerato venuto in essere in stretta e immediata funzione di una determinata fattispecie, come si è visto, non è sufficiente che sia venuto in essere appunto in vista della realizzazione di tale fattispecie: è ancora essenziale, che, in ordine a questa, esso appaia sfornito di ogni autonomia funzionale. Ora, quest'ultima caratteristica non appare riscontrabile, nei confronti del provvedimento cui mette capo il concorso, presso l'atto di nomina della commissione esaminatrice. Ove volesse formularsi la soluzione opposta, dovrebbe accogliersi per giusta la proposizione – in vero scarsamente attendibile – che l'atto, che legittima un'agente a porre in essere determinati provvedimenti, debba venir considerato come preparatorio nei confronti di tutti i provvedimenti da lui presi, e cioè che l'atto di nomina dei pubblici funzionari sia a considerare come elemento di ogni serie procedurale mettente capo ai provvedimenti in relazione ai quali essi siano competenti. Questa invece si palesa come una proposizione già a prima vista priva di ogni serio fondamento. L'atto di legittimazione del soggetto al provvedimento che viene in questione si rivela, in fatti, immediatamente, all'intuizione di chi consideri il fenomeno, come appartenente a un momento per logica e per natura necessariamente anteriore a quello in cui possa sia pur pensarsi a un procedimento in vista di tale provvedimento. E quindi è da ritenere che, in rapporto al risultato ultimo del concorso, l'atto di nomina della commissione esplichi una funzione autonoma e ben differenziata da quella che esplicano le attività veramente preparatorie (p. es., la deliberazione nella quale si risolve il giudizio della commissione (1), le quali, per la loro stessa essenza, sono, in relazione a quel risultato, prive di ogni funzionale autonomia (2).

Dagli svolgimenti fin qui condotti risulta dunque escluso che una non impugnabilità *ex se* dell'atto di nomina della commissione esaminatrice del concorso possa comunque venir ricavata dai principî relativi al procedimento amministrativo.

L'esser pervenuti a tale soluzione, non è però una circostanza per sè sola sufficiente a dimostrare che i termini per l'impugnativa dell'atto di nomina della commissione esaminatrice di un concorso non possano farsi decorrere se non dal compimento di tale atto. Come già in altra occasione si è avuto modo di porre in evidenza, la circostanza della presenza presso un atto di una propria autonomia funzionale non implica affatto necessariamente che, quando sia stato posto in essere in contrasto con le norme a tal fine predisposte dall'ordinamento del diritto, esso debba venire impugnato entro i termini decorrenti dalla sua emissione. Un atto dotato di funzionale autonomia e cioè suscettibile di generare *ex se* il turbamento di situazioni giuridiche, può ben essere tuttavia insuscettibile di impugnativa attuale, in quanto, ad esempio, pur essendo effettivo il turbamento delle situazioni giuridiche da esso generato, l'occasione per la lesione specifica di un interesse non sorga che posteriormente (3). Nè, fuori della materia

(1) Sul carattere meramente preparatorio di tale deliberazione, vedi *Il procedimento*, cit., pag. 170 seg.

(2) Per un più ampio svolgimento dei concetti enunciati nel testo, vedi *Il procedimento*, cit., pag. 60 segg., e partic. pag. 63 segg.

(3) Vedi *Il procedimento*, cit., pag. 57 seg., 63 seg., e partic. 369 segg.

dei pubblici concorsi, mancano altri esempi. Basti pensare a quello, di evidenza particolarmente decisiva, che sono in grado di offrire le norme regolamentari, le quali, come è noto, non possono dal cittadino venire impugnate – e non si dubita in proposito che oggetto dell'impugnativa siano, in tali casi, esse appunto, e non l'eventuale atto applicativo di esse — , se non quando una loro effettiva applicazione a lui pregiudizievole abbia in lui determinato un interesse all'impugnativa (1).

Il problema che forma oggetto delle presenti considerazioni, portato fuori dei limiti della teoria del procedimento amministrativo, viene dunque a spostarsi su altro terreno. Esso cioè va risolto autonomamente rispetto ai problemi analoghi che si possono presentare in relazione a quegli atti, i quali sono effettivamente suscettibili di venire inquadrati in seno al procedimento del concorso. E va risolto esclusivamente argomentando dalla riconoscibilità, o meno, presso il concorrente, il quale debba esser giudicato da una commissione che considera irregolarmente composta, di un interesse attuale all'impugnativa, prima ancora che egli abbia sperimentato a sue spese le conseguenze della irregolarità.

Il punto sul quale la discussione va portata non è dunque se l'atto di nomina della commissione esaminatrice possa o non venir impugnato *ex se*. Su tale punto ogni dubbio va rimosso, per dar luogo alla soluzione affermativa. Non diversamente da come accade nei confronti della norma regolamentare, in relazione alla quale, pure, un'impugnativa non è ammissibile fin quando il privato non sia stato effettivamente toccato dall'applicazione di essa, non può venir disconosciuta all'atto di nomina della commissione quell'autonomia funzionale, la quale ne giustifica l'impugnabilità autonoma. L'unico punto sul quale la discussione può venire accettata è invece se possa riconoscersi o meno al privato un interesse attuale all'impugnativa di tale atto fin dal momento in cui esso venne posto in essere, o se invece egli non sia a considerare in grado di esercitare l'impugnativa prima che il turbamento giuridico determinato dalla sua emissione lo abbia effettivamente toccato, attraverso un provvedimento a lui poco favorevole venuto in essere nello svolgimento del concorso. Sia che si ammetta, sia che si neghi la possibilità immediata di tale impugnativa, oggetto di questa è dunque sempre da considerare l'atto di nomina della commissione. Tale atto quindi – a differenza da quanto avviene invece per gli atti preparatori, i quali sono insuscettibili di ogni impugnativa *ex se*, e non possono venir invalidati, se non attraverso l'invalidazione dell'atto in funzione del quale vennero in essere (2) – viene sempre a essere impugnato *ex se*. Ciò su cui può discutersi è quindi esclusivamente il momento nel quale l'impugnativa possa venir esercitata. Che la questione andasse impostata in tali termini, pare, del resto, anche se non esplicitamente, avvertito dalla stessa giurisprudenza, la quale solo di rado ha espressamente contestato l'impugnabilità *ex se* dell'atto di nomina della commissione (3), mentre di norma, nel riferirsi all'atto da impugnare nel caso di un vizio nella composizione della commissione, proprio a esso si è riportata, limitandosi soltanto, quando non ha accolto la tesi dell'impugnabilità immediata dell'atto, a contestare la presenza di un interesse alla sua invalidazione, prima che il patrimonio giuridico del candidato non fosse stato effettivamente toccato nel successivo svolgimento del concorso (4).

Resta ora da dare una adeguata risposta all'interrogativo rimasto insoluto. Può veramente riconoscersi a un candidato un interesse attuale all'impugnativa dell'atto che costituisce la commissione esaminatrice del concorso, prima che sia stato da questa posto in essere alcun provvedimento lesivo di un suo interesse?

Un insigne maestro, con la squisita sensibilità giuridica che gli è usuale, ha posto in evidenza come l'interesse legittimo che il concorrente possa avere alla regolare composizione della commissione sia diverso da quello che egli possa avere alla regolarità degli atti della commissione e del provvedimento conseguente alla decisione del concorso (5). E di questo argomento si è avvalso come del sostegno fondamentale in favore della soluzione in senso positivo del quesito propostoci.

---

(1) La giurisprudenza è in materia costante. Vedi da ultimo Cons. Stato, IV Sez., 12 dicembre 1939, nella *Riv. Dir. Pubbl.*, 1940. II, pag. 23.

(2) Cfr. *Il procedimento*, cit., pag. 371 segg., e ivi, *sub* nota 8 a pag. 372 seg., richiami di giurisprudenza e dottrina.

(3) Cfr. la decisione del Cons. Stato, V Sez., 16 febbraio 1934, nel *Foro It.*, 1934, III, c. 82.

(4) In tal senso è particolarmente esplicita la decisione della V Sez., 13 agosto 1933, nel *Foro It.*, 1934, III, c. 95, nonchè – logicamente, come quella disposta ad ammettere l'impugnabilità in entrambi i momenti – la decisione del 23 febbraio 1940, qui commentata.

(5) Borsi, *Il termine*, cit., pag. 511.

A me tuttavia modestamente non pare che dalla premessa posta debba venir senz'altro ricavata una tale conseguenza. Che l'interesse legittimo alla regolare composizione della commissione sia differente da quello che il concorrente possa avere al provvedimento conclusivo del concorso, è, anche secondo il mio modesto modo di vedere, tanto evidente, che non ho esitato ad ammettere l'impugnabilità *ex se* dell'atto di nomina della commissione esaminatrice. Ma che da questa premessa debba giungersi all'illazione della sperimentabilità del ricorso contro tale atto anche prima che il concorrente sia stato effettivamente toccato da un provvedimento a lui non favorevole, posto in essere dalla commissione irregolarmente costituita, è una soluzione alla quale non mi pare di poter aderire. Prima di un provvedimento di tal genere mancherebbe, presso il concorrente che esercitasse l'impugnativa, ogni interesse a ricorrere contro quell'atto (1). E quindi, conformemente ai principî del nostro sistema, è da ritenere inammissibile prima di tale momento ogni gravame contro di esso. I termini per la sua impugnativa non potranno per ciò decorrere, che dal momento in cui il concorrente sia venuto comunque a essere toccato nelle sue aspirazioni al risultato del concorso (2).

Nella soluzione cui si è pervenuti è da ritenere implicita – e questo è un ultimo indispensabile rilievo – una grave critica contro quel punto di vista della seconda delle sentenze annotate, in conformità del quale l'impugnabilità dell'atto di nomina della commissione sarebbe esercitabile tanto a decorrere dal momento del suo stesso venire in essere, quanto a decorrere dal momento della conclusione del concorso. Per giungere a tale soluzione il Collegio argomenta dalla considerazione che l'atto di nomina della commissione, « pur non essendo privo di un certo carattere di autonomia, è tuttavia uno degli atti amministrativi più significativamente preordinati al conseguimento del fine principale, che è la scelta del più idoneo all'ufficio messo a concorso, sicchè, non solo non si può separare con taglio netto dall'insieme del procedimento, ma in quanto sia illegittimo, finisce per funzionare come precipuo fattore determinante della irregolarità ed illegittimità della nomina che è

---

(1) La questione si risolve dunque adeguatamente, quando si tenga rigorosamente distinto l'interesse legittimo – e cioè l'interesse protetto – dall'interesse al ricorso. Si manifesta dunque ancor qui una proficua applicazione della distinzione, spesso controversa nella dottrina. Per indicazioni in argomento, cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, II, 1940, nota 2 a pag. 234 segg.

(2) Un punto che qui preme porre in evidenza, e sul quale non è stata ancora – come era necessario – richiamata l'attenzione, è che – come già si sarà potuto rilevare dalle formulazioni espresse nel testo – il dilemma non va posto tra l'ammissibilità dell'impugnativa a decorrere dal momento in cui l'atto di nomina della commissione sia venuto in essere, e la sua ammissibilità a decorrere dal momento in cui la procedura di concorso si sia esaurita. Una volta stabilito che l'impugnativa dell'atto di nomina della commissione non può venir esercitata se non al momento in cui un concorrente si veda effettivamente toccato nelle sue aspirazioni in ordine all'esito del concorso, è in ciò implicito che, in qualsiasi momento si veda toccato in modo attuale in tali aspirazioni – e quindi, ove eventualmente ciò accada, anche prima dell'esaurimento della procedura di concorso – egli possa esercitare l'impugnativa. Per ciò, ad es., il termine di decadenza decorrerà, per il concorrente escluso dal concorso, non dal momento della pubblicazione della graduatoria, o da quello della nomina del vincitore al posto messo a concorso, ma dal momento della sua esclusione; e, per il concorrente, che, dopo aver sostenuto le prove scritte, non sia stato ammesso a quelle orali, decorrerà dal momento in cui egli venne a conoscenza di tale mancata ammissione.

Un altro punto, sul quale conviene richiamare qui l'attenzione, è che, a ogni modo, un interesse all'impugnativa dell'atto di nomina della commissione può riconoscersi esclusivamente presso chi nelle sue aspirazioni sia stato toccato proprio da un atto della commissione irregolarmente costituita: così, per es., quando la commissione abbia di lui formulato un giudizio poco favorevole. Mancherebbe per contro ogni possibilità di impugnativa da parte di chi, pur essendo stato giudicato favorevolmente dalla commissione, non fosse stato poi chiamato a coprire il posto messo a concorso, in quanto l'organo dell'Amministrazione legittimato a provvedere, avvalendosi dei poteri discrezionali a lui concessi in materia, avesse ritenuto opportuno di dover scartare il suo nome. In un caso di tal genere, qualora la nomina della commissione fosse stata compiuta dallo stesso organo che ora provvede, la circostanza dell'irregolarità della sua composizione potrebbe tutt'al più valere a colorare un eventuale sviamento di potere dell'atto discrezionale ora posto in essere – l'unico in relazione al quale una questione d'impugnativa potrebbe presentemente venir posta – in quanto fosse dimostrabile che anche l'irregolarità della composizione della commissione fosse dovuta appunto all'intento di danneggiare il concorrente ora scartato. Ma, essendo stato a lui favorevole l'operato della commissione, quel concorrente non potrebbe ormai più fare oggetto d'impugnativa l'atto col quale essa veniva composta.

l'atto finale lesivo degli interessi degli altri concorrenti ». Una tale soluzione di compromesso, la quale non manca di avere nella giurisprudenza qualche precedente (1), contro cui già si è avuto modo altra volta di avanzare delle decise riserve (2), viene riconosciuta anomala dallo stesso giudice che l'ha formulata. Dunque, come tutte le anomalie, anch'essa avrebbe bisogno di trovare nel sistema positivo una adeguata e valida giustificazione. E tale certo non è quella che il magistrato ha ritenuto di poter invocare in suo favore. Nè altre meglio consistenti potrebbero venirne invocate, per superare quel fondamentale principio della nostra giustizia amministrativa, il quale stabilisce il carattere perentorio dei termini per l'impugnativa degli atti dell'autorità (3).

---

(1) Cons. Stato, V Sez., 13 luglio 1935, nel Repertorio *Foro It.*, 1935, c. 872, in materia di bandi di concorsi.

(2) Cfr. *Il procedimento*, cit., nota 33 a pag. 78.

(3) Questo è un punto sul quale l'insegnamento degli studiosi può considerarsi concorde. Oltre BORSI, *Il termine*, cit., pag. 511 seg., cfr., nello stesso senso, PAPPALARDO, osservazione cit., c. 183 seg.

Diritti soggettivi e interessi legittimi in materia di prezzi d'autorità*

Pubblicato in

Giurisprudenza completa
della Corte Suprema di Cassazione
Sezioni Civili
Roma, 1946, I, pp. 540-546

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 aprile 1946 n. 77, *ibid.*, p. 530; le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 13 MARZO 1946 N. 77; PRES. ROCCO, EST. MALINVERNO; PORTOLANO C. MINISTERO INDUSTRIA E COMMERCIO.

L'Ente industrie attività agrarie, nella sua funzione di assegnazione alle concerie, e di classificazione delle pelli acquistate all'estero, agiva in esercizio di pubblica attività che non si svolgeva in forma di diritto privato.

È competente il Consiglio di Stato a sindacare un atto ministeriale speciale di determinazione di prezzi in materia.

Avendo il Ministero dell'industria e commercio un generico potere di disciplina in materia di prezzi delle pelli, il Ministro può esercitare questo suo potere tanto in forma generale (circolari), quanto in forma singolare (lettera per un caso singolo), quando, nel secondo caso, sia mosso dalla peculiarità dell'ipotesi specifica.

I criteri in base ai quali è stato stabilito un prezzo, in uno di tali casi speciali, non sono sindacabili se non sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Non costituisce disparità di trattamento il fatto che una disposizione adottata per reprimere manifestazioni di speculazione, sia stata applicata in alcuni casi sì, in altri no, dato il fine morale della disposizione.

La vendita di merci bloccate, fatta da un funzionario in circostanze eccezionali e per evitare il deterioramento delle merci, può essere sanata da un successivo atto dell'autorità competente con la condizione salvo conguaglio di prezzo.

1. - Trascinata dal nobile impulso — assai facilmente percepibile in più passi della stesura — di stroncare severamente un caso macroscopico di quel fenomeno dei profitti di guerra, « che costituisce, pel suo repellente confronto con gli infiniti lutti e sinistri dalla guerra ad altri apportati, una delle conseguenze belliche più immorali e più lesive dell'onestà e del carattere umano e sociale », la decisione annotata, ispirata certo più dall'equità, che da una scrupolosa applicazione del diritto, si è lasciata andar la mano a una non troppo rigorosa analisi giuridica. Di qui la necessità di riconsiderare in termini strettamente tecnici la problematica cui dava luogo la fattispecie.

2. - Consideriamo prima di tutto la procedura, che le disposizioni vigenti durante la guerra, all'epoca in cui i fatti, che diedero luogo alla controversia, si verificarono, prevedevano per la determinazione dei prezzi delle pelli leggere d'importazione.

L'acquisto all'estero era lasciato all'iniziativa dei privati: e tra gli altri enti che vi provvedevano — ad alcuni dei quali era interessato lo Stato, naturalmente sensibile all'approvvigionamento delle forze armate e della popolazione — aveva particolare importanza l'EIAA, costituito appunto col concorso finanziario dello Stato.

Sulla base della circolare del Ministero delle corporazioni 13.1.43 n. 356, una volta importate, le pelli, assoggettate al blocco ai termini della L 20.3.41 n. 384, venivano, dagli enti accentratori, selezionate, classificate, e fatturate per le concerie, sulla base dei prezzi stabiliti pel mercato interno — secondo il disposto dell'art. 1 del RDL 9.12.41 n. 1456 — dal Ministero delle corporazioni con la circolare 16.3.42 n. 267; alla R. Stazione sperimentale per l'industria delle pelli — organo del Ministero delle Corporazioni — toccava poi la revisione sulla classificazione, e sui prezzi in base a questa stabiliti dall'ente accentratore.

Le pelli rimanevano poi bloccate presso i detentori, ai termini dell'art. 1 della L 20.3.41 n. 384, e dell'art. 1 del DM 14.3.42 nonchè dell'art. 5 circolare 13.1.43 n. 356; e, se ritenute adatte soltanto per gli usi della popolazione civile, potevano esser sbloccate per disposizione del Ministro per le corporazioni, il quale vi provvedeva dopo aver sentito, anche per ciò che riguardava il prezzo di cessione, la R. Stazione sperimentale

per l'industria delle pelli, e previa presentazione da parte degli interessati della «ricevuta comprovante il versamento in tesoreria delle quote determinate dal Ministero stesso per i vari tipi di pellami» (circ. ult. cit., art. 7). In proposito è però da sottolineare che, in regime di prezzi d'autorità — quale, ai termini della circolare 16.3.42, n. 267, era quello allora vigente — la determinazione del prezzo di cessione delle pelli da parte del Ministro per le corporazioni, su parere della R. Staz. sper. per l'ind. delle pelli, non poteva che essere vincolata alla stretta applicazione del prezziario legale. Ed è pure da sottolineare che il versamento da fare in tesoreria da parte degli interessati non poteva che essere in stretta corrispondenza con tale prezziario: e doveva rappresentare la rivalsa, per quel tanto che il blocco dei prezzi all'interno poteva consentire, del pagamento effettuato dallo Stato agli enti importatori, i quali all'estero acquistavano normalmente a un prezzo più elevato di quello interno legale. E' da ricordare, in fine, che tutte le circolari di cui si è fatto cenno, contenenti disposizioni nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione, in relazione ai quali questa aveva la potestà di provvedere in via normativa, erano delle e proprie fonti di diritto obiettivo (cfr. Cass. 28.5.41, GI 41 I 1, 530; 20.7.42, GI 43 I 1, 63; 14.1.43, GI 43 I 1, 159; nonchè Brasiello, *Redditi salariali e tassa di ricchezza mobile*, GI 41 I 1, 535; Piacentini, *Le circolari come fonti di diritto obbiettivo*, GI 42 I 1, 179, e presso di lui richiami di giurisprudenza anteriore; circa la loro validità dal punto di vista formale, v. però, anche per indicazioni bibliografiche, Mortati, *Sui regolamenti ministeriali*, *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, 1934, 193 ss.).

3. - A questo punto è necessario fermarsi a valutare l'entità giuridica delle varie operazioni di tale procedura.

Nulla quaestio fino al momento della classificazione e della fissazione del prezzo da parte degli enti accentratori.

L'acquisto all'estero era espressamente riconosciuto all'iniziativa privata, e dava luogo a degli atti di compravendita di diritto privato. Nè assume alcuna rilevanza in proposito la circostanza che lo Stato, interessato alle importazioni, e interessato allo stesso tempo al controllo dei prezzi, reintegrasse *ex suo* agli importatori la differenza tra il pagato all'estero e il riscosso dalle concerie, le quali acquistavano al prezzo fissato pel mercato interno. Si tratta, in fatti, di un argomento, che, se fosse valido, proverebbe troppo. Si pensi, a es., alle sovvenzioni concesse alle società di navigazione, ad alcune industrie, ad alcune attività agricole, ecc.

Nè può ritenersi che valesse a dare natura pubblica all'azione esplicata dagli importatori la circostanza del concorso dello Stato al finanziamento di buona parte di essi. A parte il fatto che un concorso del genere non è per sè solo sufficiente a far qualificare un ente come pubblico (cfr. Amorth, *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, *Studi urbinati*, 31; qui non è il caso di indugiarsi in un più approfondito esame per respingere, alla stregua delle concezioni correnti e più accreditate, la tesi, affacciata dal collegio, della natura pubblica dell'EIAA: sull'argomento, cfr., per tutti, in modo esauriente, Miele, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, RDCo 42 I 3 s.), e a parte il rilievo che può avere la circostanza che gli enti costituiti con l'intervento dello Stato operavano su questo terreno in piena parità coi soggetti economici fondati esclusivamente sul capitale privato, è ancora da considerare che gli enti economici, pur quando sono pubblici, per solito non agiscono nella forma del diritto pubblico (anzi non manca chi nega del tutto che agiscano fuori della forma del diritto privato: così, espressamente, Amorth, *Conseguenze dell'inquadramento sindacale degli enti pubblici economici*, RPubImp 42 I

187 s., 170). E' dunque da escludere che l'EIAA, nella sua attività di acquisti all'estero delle pelli, agisse nell'esercizio di un pubblico potere.

Ma è anche da escludere che agisse nell'esercizio privato di un pubblico servizio. E ciò, sia che si acceda all'opinione più diffusa, secondo cui con tale nozione sarebbe incompatibile l'assoluta libertà d'iniziativa (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1946 III ³ 302), sia che si segua quel più recente orientamento, il quale considera elemento di discriminazione dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi semplicemente la caratteristica della *sostituzione* nell'*esercizio* al *titolare* dell'attività della quale si tratti (MIELE, *op. cit.*, 48 s.).

Per quanto riguarda la classificazione delle pelli, e la fissazione del prezzo da parte degli enti accentratori, potrebbe sembrare più facilmente giustificabile un dubbio circa la qualifica di esse come esercizio di una pubblica attività. E' stato, a esempio, considerato esercizio di un pubblico servizio quello della SADAC (società dettaglianti acquisti collettivi), la quale nella prima fase della guerra provvedeva a ripartire fra i vari commercianti i contingenti di generi alimentari assegnati alle rispettive provincie, rilasciando dei buoni di prelevamento, sulla base dei quali soltanto i singoli dettaglianti potevano rifornirsi dai grossisti delle quantità razionate da distribuire alla propria clientela (Cass. 22.12.42, GI 43 II 87).

Tuttavia è da considerare che la norma, la quale riconosceva agli enti accentratori — gran parte dei quali erano dei privati, qualsiasi — la facoltà di classificazione delle pelli, e, correlativamente a questa, di determinazione concreta dei prezzi, in fondo non si risolveva in altro, che nella conferma dell'obbligo giuridico per tali enti di uniformarsi, nel cedere le pelli ai conciatori, al prezzo legale fissato, in base ai poteri conferitigli per delega legislativa, dal ministro per le corporazioni. Agli enti in questione non era, nè poteva essere, conferito dal Ministero alcun potere autoritativo in materia di determinazione dei prezzi. E la circolare 13.1.43 n. 356 si limitava — nè poteva di più (*delegatus delegare non potest*) — a ribadire il loro obbligo di rispettare, sotto il controllo di vigilanza di un organo del Ministero per le corporazioni — la R. Stazione sperimentale per l'industria delle pelli — (il cui compito, ai termini dell'art. 3 circolare citata, si riduceva ad «accertare che la fatturazione corrispondesse ai prezzi stabiliti per le pelli nazionali consimili»), il prezziario fissato, ai termini del RDL 9.12.41 n. 1456, dal Ministero stesso, con la circolare 16.3.42 n. 267.

Per quanto riguarda la procedura dello sblocco, è poi da porre ancora in risalto come l'atto di determinazione, da parte del Ministro per le corporazioni, del prezzo di cessione delle pelli, che a esso si accompagnava, per esser legittimo, lungi da ogni discrezionalità, non poteva — dato il regime di prezzi legali — che essere uniforme alla disciplina fissata d'autorità. E il versamento in tesoreria da parte degli acquirenti, lungi dal poter esser configurato come manifestazione della soggezione a una pubblica potestà, non rappresentava che il corrispettivo in danaro allo Stato — il quale provvedeva nei confronti degli importatori — per l'acquisto delle pelli: vero e proprio negozio di diritto privato, sulla cui natura non poteva per altro esercitare alcuna influenza la circostanza del vincolo della merce inerente al blocco.

Quanto all'appartenenza, le pelli ritenute adatte soltanto agli usi della popolazione civile, se pur soggette nei confronti della pubblica amministrazione a un vincolo fino al momento del provvedimento di sblocco, continuavano senza alcuna interruzione a rimanere di proprietà dei privati, senza che per nulla, in alcun momento la potestà sulla cosa potesse considerarsi trasferita alla pubblica amministrazione. Dagli enti accentratori le pelli venivano, in fatti, normalmente, trasferite ai conciatori; e da questi, eventualmente, una volta ottenuta l'autorizzazione al libero impiego (provvedimento di sblocco), ad altri terzi.

Nè può far pensare a una appartenenza della proprietà delle pelli in qualche momento allo Stato, la circostanza che il versamento previsto dall'art. 7 circolare 13.1.43 n. 356 fosse da fare appunto allo Stato. Perchè lo Stato evidentemente riteneva preferibile liquidare direttamente gli importatori, verso i quali si era obbligato a rimborsare il prezzo realmente pagato all'estero: e quindi a tal titolo, e solo a tal titolo, sottentrava agli importatori nei crediti derivanti dalla consegna delle pelli da questi fatturate ai conciatori. Che esso non sottentrasse mai nella proprietà delle pelli, risulta chiaramente dalla circostanza che le pelli, anteriormente al versamento di cui si è detto, venivano considerate, dalle disposizioni più volte ricordate, bloccate, e cioè vincolate verso lo Stato. Il che manifestamente rivela l'appartenenza del diritto di proprietà su di esse a soggetti diversi dallo Stato.

4. - Tale era la disciplina della materia, allorchè sopraggiunse la circolare 3.6.44 n. 840 del Ministro dell'Industria e commercio la quale dispose lo sblocco delle pelli ovine e caprine greggie e conciate; e, in ordine ai prezzi, per quelle greggie, conservandone il regime di blocco, si limitò a elevarli in una certa misura, mentre per quelle conciate, revocato il blocco istituito con la circolare 16.3.42 n. 267, li lasciò al libero mercato.

Quali le conseguenze di tali disposizioni in relazione alle pelli di importazione?

Essendo espressamente previsto dalla circolare 13.1.43 n. 356 il loro assoggettamento ai prezzi stabiliti pel mercato interno, e non riscontrandosi in proposito alcuna innovazione nella circolare 3.6.44 n. 840, è chiaro che anche esse dovessero essere esposte alle medesime variazioni nel regime di prezzi, cui erano esposte le pelli nazionali. Ogni altra illazione sarebbe per ciò arbitraria.

5. - Quando si passi ad analizzare la fattispecie che si presentava all'esame del Consiglio di Stato, non si può dunque, da un punto di vista strettamente giuridico, non restare colpiti dal valore, che, nella sua interpretazione, il giudice ha voluto attribuire alla clausola inserita nella lettera del 21.4.44, con cui, nel ratificare per il 50 per cento lo sblocco delle pelli non conciate cedute al ricorrente dal *negotiorum gestor* dell'ente accentratore (e nulla, in diritto, rilevava, ai fini della causa, la legittimità e la liceità della gestione), il Ministro dell'Industria e commercio — nuova denominazione del Ministro delle corporazioni — aveva negato lo sblocco del rimanente 50 %. Con tale clausola, la quale rappresentava logicamente il punto vitale della causa, il Ministro aveva posto al ricorrente, acquirente delle pelli — evidentemente in vista di un eventuale provvedimento di sblocco dei prezzi — l'obbligo di integrare il prezzo della merce tuttora bloccata, secondo quanto sarebbe stato stabilito in seguito per i tipi di pelli di cui si trattava, « in dipendenza di eventuali aste o diversi provvedimenti ».

L'analisi non presenta gravi difficoltà su questo punto, quando si ponga mente ai poteri di cui l'amministrazione disponeva in materia.

Tali poteri consistevano nella facoltà discrezionale di concedere o non l'autorizzazione al libero impiego delle pelli, e nella facoltà di determinare, all'atto della eventuale concessione dello sblocco, i prezzi di cessione di esse alla stregua delle norme generali in materia di prezzi.

Ciò implicava, in regime di prezzi bloccati, come si è visto, che l'amministrazione non potesse, nel concedere lo sblocco della merce, che uniformarsi ai prezzi d'autorità. In caso di sblocco dei prezzi, la situazione sarebbe venuta invece a mutare radicalmente. Perchè allora i prezzi di cessione da fissare da parte del Ministero su parere della R. Stazione sperimentale per l'industria delle pelli, non più vincolati ai prezziari legali, avrebbero dovuto logicamente esser determinati sulla base del mercato libero.

In base ai poteri dell'amministrazione dell'industria e del commercio, la clausola inserita nella lettera 21.4.44 — la quale, come si vedrà tra breve, non può esser considerata come un mero elemento accidentale del provvedimento di sblocco delle pelli — era dunque o completamente superflua, o illegittima. Superflua, qualora avesse voluto soltanto far riferimento a eventuali futuri provvedimenti di ordine generale in materia di prezzi: poichè è chiaro che, essendo le pelli, all'atto della redazione della lettera, ancora bloccate, e dovendo il prezzo di cessione venir fissato al momento dello sblocco, esso avrebbe appunto dovuto esser determinato sulla base della disciplina dei prezzi a tale momento, e quindi avrebbe in ogni caso dovuto tener conto di tutti gli eventuali provvedimenti generali in materia di prezzi, posteriori alla citata lettera. Illegittima, qualora avesse invece voluto far riferimento a futuri provvedimenti di ordine particolare da parte della stessa amministrazione: poichè qualsiasi provvedimento di tal genere sarebbe stato — in regime di prezzi d'autorità — in contrasto con la disciplina generale dei prezzi.

Così stando le cose, il sopravvenire della circ. 3.6.44 n. 840 non poteva, nei confronti dei rapporti giuridici che diedero luogo alla controversia che si esamina, se non portare alla conseguenza che, essendo ormai sbloccate le pelli a favore dei detentori, ed essendo la disciplina dei prezzi relativi alle pelli non conciate tuttora determinata d'autorità, colui, a cui vantaggio lo sblocco di tali pelli operava, non poteva esser tenuto che a pagare il prezzo legale. Nè può indurre ad altra conclusione nel caso specifico la circostanza che praticamente la pretesa veniva nella fattispecie avanzata dall'amministrazione nei confronti di un soggetto, il quale a seguito del successivo sblocco dei prezzi era venuto a profittare in modo particolare e diretto di fondi che lo Stato aveva erogato *ex suo*. Questi fondi erano stati erogati, in fatti, per ragioni di politica economica, senza per ciò fare acquistare allo Stato alcun diritto sulle cose, all'incremento del cui commercio essi erano destinati.

Diversa sarebbe stata naturalmente la situazione per ciò che riguarda le pelli conciate, per le quali, come si è visto, la circolare 3.6.44 n. 840 concedeva anche lo sblocco dei prezzi. Una volta sopravvenuto, in fatti, in una con lo sblocco della merce, lo sblocco dei prezzi relativi, nulla di più legittimo che la determinazione del prezzo di cessione delle pelli conciate — la quale, secondo la logica interpretazione delle norme applicabili, andava fatta all'epoca dello sblocco di esse — avvenisse alla stregua della libera contrattazione. La determinazione del prezzo di cessione da parte del Ministero dell'industria e commercio, prevista dall'art. 7 circol. 13.1.43 n. 356 era vincolata ai prezzi del mercato: e, logicamente, una volta sottentrato al mercato legale il mercato libero, veniva a essere appunto legata a quest'ultimo.

6. - In tali termini schematici mi pare andasse ridotta la problematica dell'argomento.

Non sembra quindi accettabile, *stricto jure*, la soluzione cui il Consiglio di Stato ha ritenuto dover pervenire.

Nè tanto meno pare possibile condividere la conclusione circa la definizione della competenza. Perchè, una volta accolta la tesi — la quale mi sembra irrefutabile — che, nella determinazione del prezzo di cessione delle pelli agli acquirenti, l'amministrazione non agisse nell'esercizio di un pubblico potere, ma semplicemente nella veste di interessata, e in conformità della disciplina generale dei prezzi (quale che essa fosse, libera o vincolata), nessun dubbio può sussistere che nel caso in esame si controvertesse di diritti soggettivi, e non di interessi legittimi. Quindi la competenza non poteva che essere del magistrato ordinario.

Nè, dopo quanto si è venuto svolgendo in ordine alla veste in cui l'amministra-

zione provvedeva alla determinazione del prezzo, sarebbe esatto ricorrere, per concludere nel senso della competenza del giudice amministrativo, alla configurazione della clausola inserita nella lettera 21.4.44 come mero elemento accidentale del provvedimento di sblocco delle pelli, il quale aveva indubbiamente natura di atto amministrativo discrezionale. E' da considerare, in fatti, oltre tutto, che la discrezionalità del provvedimento di sblocco delle pelli si esauriva nella valutazione del modo migliore di soddisfare — avuto riguardo alle necessità del tempo di guerra — i bisogni delle forze armate e della popolazione. Al di là di tale valutazione, il provvedimento non era però di quelli che consentissero una discrezionalità di contenuto. Qualunque riserva di altro genere sarebbe venuta dunque logicamente ad allontanarlo dalla sua necessaria destinazione, determinandone il venir meno alla funzione a esso propria, e quindi viziandolo di eccesso di potere (cfr. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Giuffrè, Milano, 1941, 318 s.). In tal senso esso non era suscettibile di elementi accidentali (sulla non apponibilità di elementi accidentali agli atti a contenuto vincolato, cfr. LUCIFREDI, *op. cit.*, 271 s.), tanto meno poi del genere della apposizione di un onere patrimoniale (LUCIFREDI, *op. cit.*, 303).

Secondo l'esegesi più corretta, invece, determinazione del prezzo di cessione e provvedimento di sblocco andavano configurati come due atti distinti e separati, profondamente differenziati nella loro funzione (sui casi di pluralità di atti in un unico documento, v. SANDULLI, *Appunti sull'atto amministrativo collettivo nel quadro dell'aspetto quantitativo degli atti giuridici*, *Jus*, 43, 8 s. dell'estr.) — per quanto il primo fosse da considerare presupposto essenziale di un altro atto (il versamento da parte del destinatario del provvedimento di sblocco), il quale a sua volta veniva configurato dal legislatore della materia come *condicio sine qua non* e cioè come presupposto indispensabile per la concessione dello sblocco (sul concetto di presupposto, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, 45 s.).

7. - La decisione è ricca di spunti interessanti, che qui solo per ragione di spazio non è il caso di cogliere. Su buona parte delle soluzioni profilate non mi sentirei però di consentire col collegio giudicante: così particolarmente su quegli spunti i quali nell'illiceità del comportamento del privato, nei confronti del quale si provvede, vorrebbero vedere un elemento di discriminazione della illegittimità dell'atto amministrativo; così — come già ho avvertito — sulla natura dell'EIAA; così sui criteri adottati dalla perizia della R. Stazione sperimentale per l'industria delle pelli, e sugli argomenti che si vorrebbero ricavare dalla legislazione tributaria in materia di profitti di guerra (l'esistenza di tale legislazione, se mai, può essere invocata proprio a sostegno della tesi contraria); così ancora sull'epoca di riferimento per la determinazione del prezzo; così su alcuni spunti in materia di interpretazione dell'atto amministrativo. Altri punti mi pare siano stati invece profilati in modo corretto: così, a es., per quanto riguarda la tardività dell'impugnativa, e per quanto riguarda la dubbia legittimità della circolare 3.6.44 n. 840.

Su due questioni tuttavia mi pare opportuno spendere ancora qualche parola.

La prima attiene all'affermazione, secondo cui i prezzi stabiliti in via generale dall'autorità governativa, in base alla delega a essa fatta dalla legge, sarebbero suscettibili di venir modificati dall'autorità stessa in relazione a casi singoli. A tale conclusione il collegio perviene movendo dalla considerazione che « se in questa delicata materia il Ministero era investito della più ampia facoltà discrezionale di disciplinarla con semplici circolari, che possono dirsi atti amministrativi generali, ma che non richiedono maggiori formalità di un atto amministrativo speciale, come può negarsi la facoltà di emettere in uno specialissimo caso come quello in esame, un provvedimento regolatore speciale? ». La tesi offre però il fianco alla critica. Se,

in fatti, il legislatore ha delegato all'autorità amministrativa la potestà di porre in essere la norma generale da valere in materia di prezzi, ciò non significa affatto che abbia voluto lasciare quella autorità arbitra di determinare — e tanto meno in causa propria — i prezzi nei singoli casi concreti. La delega di una potestà normativa non implica, naturalmente, il conferimento della potestà — ben più ampia — di provvedere nei singoli casi concreti, anche oltre i limiti posti normalmente all'autorità della quale si tratti (sulla inderogabilità da parte dell'amministrazione degli atti normativi da essa posti in essere nell'esercizio dell'attività formalmente amministrativa — principio generale che risale all'art. 6 dello statuto albertino — cfr. per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit., I[4] 1945, 71).

La seconda questione attiene alla necessità dell'intervento nella procedura della determinazione del prezzo delle pelli acquistate dal ricorrente — avvenuta con atto del 28.4.45 — del comitato interministeriale per il coordinamento e la disciplina dei prezzi, istituito col DLeg 19.10.44 n. 347. La decisione annotata esclude la necessità di tale intervento, sulla considerazione che «le attribuzioni di quel comitato riguardavano le merci che sarebbero state acquistate e distribuite successivamente all'entrata in vigore del decreto sopra citato che lo istituì», mentre «le pelli in questione erano invece già state assegnate al Portolano», attraverso un «potere speciale», il quale «non rientrava nè per il tempo nè per l'oggetto nella competenza del comitato».

Qui non è il caso di addentrarsi in un esame della disciplina dei prezzi posteriormente all'istituzione del comitato in questione. Tuttavia, di fronte all'ampio dettato dell'art. 4 DLeg citato, il quale dispone che il comitato interministeriale, oltre che «determinare i prezzi di qualsiasi merce, in ogni fase di scambio» può «modificare, se del caso, quelli già fissati dalle competenti autorità alla data di entrata in vigore del presente decreto», la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato è indubbiamente infondata. Comunque, ove sia prevista — come la decisione annotata ritiene nel caso specifico ricorresse l'ipotesi (ma come non mi pare risulti esplicitamente dal DLeg citato) — l'autorizzazione di una certa autorità perchè un'altra possa provvedere in una data materia, il momento al quale bisogna rifarsi per stabilire, in caso di cambiamento della legislazione, se l'autorizzazione sia necessaria o non, è unicamente quello in cui l'atto, in funzione del quale l'autorizzazione è richiesta, venga in vita — e non altro (v. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 414 s.).

La soluzione prospettata in materia dalla decisione annotata appare tanto più difficilmente spiegabile, quando si ponga mente che la decisione stessa ha — e non credo correttamente — ritenuto legittimo che nella stima della merce la perizia della R. Stazione sperimentale per l'industria delle pelli si riferisse non ai prezzi del mercato dell'epoca in cui il trasferimento, o, più esattamente, lo sblocco della merce ebbe luogo, ma a quelli dell'epoca, alquanto posteriore, in cui la perizia stessa venne eseguita.

In tema di errata individuazione da parte del giudice del provvedimento contenuto nel silenzio dell'Amministrazione*

Pubblicato in

Giurisprudenza completa
della Corte Suprema di Cassazione
Sezioni Civili
Roma, 1947, I, pp. 297-300

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 30 luglio 1947 n. 1292, *ibid.*, p. 294; le massime sono riportate alla pagina seguente

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE: 30 LUGLIO 1947 N. 1292; PRES. PAGANO, EST. ANICHINI, P. M. MACALUSO (CONF.); IST. NAZ. PREVIDENZA SOCIALE C. MAIOCCO.

È di per sé illegittimo, quindi annullabile dal Consiglio di Stato, l'atto negativo per «silenzio-rifiuto» dell'amministrazione, che non provvede, nel termine e colle formalità prescritte dal RDL 6.1.44 n. 9, sulla domanda di riassunzione in servizio dell'impiegato licenziato per motivi politici.

Ma incorre nel difetto di giurisdizione il Consiglio di Stato che, nel pronunciare detto annullamento, accerta il concorso dei presupposti per la riammissione in servizio (dispensa dal servizio o licenziamento per motivi politici, e idoneità fisica e morale), dichiara il diritto alla ricostruzione della carriera, e provvede sugli stipendi arretrati.

La valutazione sulla sussistenza dei motivi politici ai fini della riassunzione in servizio dell'impiegato già licenziato — che l'art. 3 comma 2 RDL 6.1.44 n. 9 riserva alla Commissione provinciale prevista dalla lett. b) *dell'art. 3 RDL 22.12.43 n. 29-B, poi sostituita, coll'art. 1* b) *DLeg 10.8.44 n. 199, dalla Commissione provinciale di cui all'art. 18 comma 3 DLeg 27.7.44 n. 159 — è manifestazione d'un organo autonomo e d'una funzione esclusiva, con valore cogente e non soltanto consultivo.*

La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, in materia di pubblico impiego, è limitata al controllo di legittimità.

Perciò, coll'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, s'esaurisce la funzione di detto controllo, restando riservato alla competenza dell'amministrazione attiva d'emettere, ove del caso, un nuovo atto o provvedimento coll'intervento degli organi specialmente previsti e tenuto conto del vizio riscontrato nell'atto annullato.

1. - Il primo inerisce alla massima, in cui, in contrasto con l'orientamento costante del Consiglio di Stato — il quale in presenza dell'inerzia dell'amministrazione si è mostrato anche in passato poco proclive a riconoscere l'esistenza di un provvedimento negativo fuori dei casi in cui l'amministrazione fosse stata messa in mora mediante un formale atto di intimazione — la Corte Suprema ha riaffermato il principio — già da essa accolto in passato — secondo cui l'inerzia serbata dall'amministrazione al di là dei termini assegnatile dal legislatore per l'adempimento di un suo obbligo circostanziato nel tempo sia senz'altro da considerare provvedimento negativo.

In passato io stesso mi ero espresso nel medesimo senso (SANDULLI, *Osservazioni sull'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi non scritti*, in ArchGiur 1941, p. 78 s. dell'estr. e ivi richiami di dottrina e giurisprudenza). La tesi era, infatti, allora conforme al nostro diritto positivo, il quale nell'art. 1223 CC enunciava il principio — tramandato dal diritto romano, e certamente dotato di carattere generale — per cui, nel caso di obblighi positivi, la sola scadenza del termine produceva la mora (*dies interpellat pro homine*).

Tale principio tuttavia è venuto meno col nuovo codice civile. In base all'art. 1219 di questo, in fatti, oggi è norma generale del nostro ordinamento che l'obbligato non sia costituito in mora, se non «mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto». Il principio *dies interpellat pro homine* non è più la regola, ma l'eccezione.

Trattandosi del mutamento di un principio generale esso non può non operare anche sul campo del diritto amministrativo.

Salvo casi eccezionali — che potrebbe essere interessante considerare, ma all'esame dei quali non è questa la sede più adatta — l'orientamento costante del Consiglio di Stato pare dunque in materia il più esatto.

L'atteggiamento assunto su questo punto dalla sentenza che si annota non merita quindi di esser seguito.

2. - Il secondo profilo interessante della sentenza — o, meglio, della specie in essa esaminata — attiene alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo che aveva dato luogo alla pronuncia giurisdizionale cassata.

1) Il caso in questione era quello della riammissione in servizio, ai sensi del RDL 6.1.44 n. 9, dell'impiegato di un ente pubblico licenziato per motivi politici. L'art. 3 comma 1 di detto decreto afferma l'obbligo dell'ente alla riassunzione, una volta constatato, ai sensi dell'art. 1, che l'impiegato sia in possesso dei requisiti di età e di idoneità richiesti per la permanenza in servizio, e una volta che la commissione provinciale per la defascistizzazione, prevista dall'art. 3 comma 1 lett. *b*, del RDL 28.12.43 n. 29-B, abbia accertato che la dispensa o il licenziamento furono provocati da ragioni politiche. Il Consiglio di Stato, adito dall'impiegato licenziato, il quale si era rivolto all'ente senza averne alcuna risposta, pronunciò l'annullamento del provvedimento negativo dell'amministrazione, dichiarando l'obbligo dell'amministrazione alla riammissione in servizio. La Suprema Corte, adita dall'ente, con la presente sentenza, ha cassato la decisione del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione.

2) A me pare che tanto il Consiglio di Stato, quanto la Corte Suprema, siano caduti in equivoco. E l'equivoco è derivato dalla mancata individuazione, da parte del Consiglio di Stato, del provvedimento amministrativo impugnato.

A che cosa era tenuta l'amministrazione dell'ente, al quale l'impiegato licenziato aveva richiesto la riammissione in servizio? A valutare — ai sensi dell'art. 1 del decreto citato — se l'impiegato avesse i requisiti necessari per la permanenza in servizio; e, nell'ipotesi che tale valutazione avesse sortito esito positivo, a sottoporre — ai sensi dell'art. 3 comma 2 — alla commissione provinciale per la defascistizzazione l'accertamento delle ragioni del licenziamento. Nel procedimento si inseriva cioè a questo punto un organo amministrativo dello Stato, alle cui decisioni l'ente — unico legittimato a provvedere sulla riammissione — avrebbe poi dovuto attenersi (art. 3 comma 1).

Tale essendo l'obbligo dell'ente, il silenzio da questo serbato a seguito dell'istanza dell'interessato non poteva avere altro significato, che quello di rifiuto di dar corso al procedimento per la riassunzione in servizio, e, più specificamente, di rifiuto di sottoporre l'impiegato licenziato alla commissione per la defascistizzazione (atto del genere delle ammissioni).

Col provvedimento negativo, il quale aveva interrotto il procedimento diretto alla riammissione in servizio, era stato certamente leso un interesse legittimo dell'impiegato licenziato. E contro di esso appunto si era rivolta l'impugnativa (sulla impugnabilità *ex se* degli atti di carattere negativo che vengono a interrompere un procedimento amministrativo, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 381 s.). Ma non si trattava affatto di un provvedimento di diniego della riammissione in servizio, in quanto un provvedimento di tal genere avrebbe potuto, se mai, venire in questione soltanto in un secondo momento, a seguito della pronuncia della commissione per la defascistizzazione. Il confondere i due provvedimenti si risolve in un equivoco non diverso da quello di chi configurasse come diniego di assunzione in servizio il provvedimento col quale l'autorità competente rifiutasse a un candidato l'ammissione a un concorso.

Appunto in un equivoco di tal genere incorse il Consiglio di Stato. Il quale ritenne che nella specie ricorresse un provvedimento di diniego della riassunzione in servizio.

Fu solo per ciò che, una volta accertato il concorso dei requisiti necessari per la permanenza in servizio, esso passò a constatare la ragione politica del licenziamento, e dichiarò l'illegittimità del provvedimento negativo, e l'obbligo dell'amministrazione alla riassunzione dell'impiegato.

3) La Corte Suprema ebbe l'esatta intuizione che nella specie il Consiglio di Stato aveva portato il suo esame su un terreno sul quale non era stato, nè poteva esserlo chiamato a pronunciarsi. Ma — non essendosi reso esatto conto della situazione — ne trasse l'eccessiva conseguenza che la pronuncia fosse inficiata di difetto di giurisdizione. E confortò la sua tesi con la considerazione che l'indagine del giudice amministrativo sul concorso delle condizioni di fatto relative all'idoneità dell'impiegato alla permanenza in servizio e sul carattere politico del licenziamento si risolverebbe — in contrasto con l'art. 29 del TU sul Consiglio di Stato — in un « conoscere del merito dell'atto amministrativo », e che il pronunciare in conseguenza si risolverebbe — in contrasto con l'art. 45 dello stesso TU — nel « sostituirsi all'Amministrazione attiva e agli organi speciali cui era demandato accertare la sussistenza di quelle condizioni ».

Ora, entrambe tali considerazioni non possono essere accettate.

Non la prima — in quanto è principio fuori discussione che l'indagine sulla concreta esistenza degli elementi di fatto non sia indagine di merito tutte le volte che — come nella specie — essa abbia lo scopo di determinare il concorso di quei requi-

siti che l'ordinamento pone alla base della legittimità di un atto amministrativo (v., in argomento, particolarmente RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo*, in FAmm, 28 II 69, e in giurisprudenza, p. es., Cons. di Stato, 21.5.40, ivi 40 I 2 198; nonchè, da ultimo, F. ROCCO, *Discorso in occasione dell'insediamento alla Presidenza del Consiglio di Stato*, Roma 1948, 15).

Non la seconda — in quanto è noto come sia proprio della funzione giurisdizionale il sostituirsi nell'accertamento della volontà della legge agli agenti i quali avrebbero dovuto provvedere ad attuarla (cfr. particolarmente CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile* [2], Napoli 1936, II 1, 7 s.). Per poter parlare nella specie di un difetto di giurisdizione (*rectius*: di attribuzione) sarebbe stato necessario che il Consiglio di Stato avesse inteso agire esso stesso in veste di pubblica amministrazione, e avesse quindi inteso porre in essere un provvedimento di competenza dell'amministrazione: cioè sarebbe stato necessario che, una volta accertato il ricorrere delle condizioni richieste, avesse inteso provvedere esso stesso a riammettere in servizio l'impiegato licenziato, o, quanto meno, che avesse inteso agire in luogo della commissione per la defascistizzazione, in ordine al provvedimento di amministrazione attiva della riammissione in servizio. Il Consiglio di Stato, invece, preoccupato della restaurazione del diritto violato, non intese che pronunciare l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione, e trarne le conseguenze in ordine a quella restaurazione — ciò che, come si è detto, è proprio della funzione giurisdizionale.

4) Nè può valere a dar diverso colorito alla pronuncia del Consiglio di Stato la circostanza che, nell'affermare l'illegittimità del diniego di riammissione in servizio, esso dichiarò applicabile alla specie il disposto dell'art. 4 del RDL 6.1.44 n. 9, relativo alla ricostruzione della carriera dell'impiegato.

E' indubbiamente vero, in fatti, che i poteri del Consiglio di Stato in sede di legittimità non vanno oltre l'annullamento dell'atto amministrativo (art. 45 TU sul Consiglio di Stato), e che quindi il dispositivo di una decisione del Consiglio di Stato, il quale si estenda fino ai provvedimenti conseguenziali a tale pronuncia, non si tiene entro i limiti del potere. Ma, se il Consiglio di Stato, nel pronunciare l'annullamento degli atti amministrativi, segue talvolta — come nella specie — la prassi di dichiarare in quale senso avrebbe dovuto — e quindi debba — orientarsi il comportamento dell'amministrazione per esser legittimo, ciò fa a puro titolo di enunciazione, senza per ciò intendere — appunto in virtù dell'art. 45 TU sul Consiglio di Stato — di porre in essere una pronuncia dotata sotto tale profilo di forza esecutiva, e senza che per ciò possa esser riconosciuta in tal senso alla pronuncia alcuna forza esecutiva.

Sotto tale aspetto l'enunciazione da parte del Consiglio di Stato del provvedimento, che sul piano della legalità avrebbe dovuto nella specie venir posto in essere, non può venir considerata altrimenti che come una integrazione della dichiarazione di illegittimità, rivolta a illuminare l'amministrazione, tenuta all'esecuzione del giudicato. Essa è sprovvista di ogni forza esecutiva, nè pretende di possederne. Nè sarebbe quindi necessario alcun mezzo giuridico per far valere la inesistenza di tale forza. Si tratta di una situazione, la quale è *in re ipsa* in tutte le cose che non esistono non soltanto sotto il profilo giuridico, ma sotto lo stesso profilo della realtà dei fatti.

5) Nella specie la pronuncia del Consiglio di Stato non era dunque viziata di altro, che di un errore di individuazione del provvedimento impugnato. Il Consiglio di Stato aveva annullato un provvedimento che in realtà non era mai intervenuto.

Non ricorreva poi nè un difetto di giurisdizione, nè un difetto di attribuzione. Sia in ordine al provvedimento effettivamente intervenuto, sia in ordine a quello che esso ritenne che fosse intervenuto, il Consiglio di Stato aveva il potere di pronunciarsi. Non può venir contestato, in fatti, il suo potere di giudicare delle materie devolute alle commissioni per la defascistizzazione, le quali altro non erano che organi amministrativi esplicanti funzioni amministrative (sulla natura ammini-

strativa delle commissioni per l'epurazione e delle relative pronuncie, v. Cons. Stato IV, 15.5.46, GI 47 III 33; Cons. Stato V, 13.6.46, in FAmm 47 I 2, 5; PERETTI-GRIVA, *Sul carattere e la revocabilità delle decisioni della commissione di epurazione* GI 46 III 105; GUICCIARDI, *Sulla natura delle commissioni di epurazione e sulla impugnabilità delle loro pronuncie*, ivi, 47 III 33).

Esso dunque non fece che pronunciarsi su una materia rientrante nelle sue attribuzioni. E il vizio in cui la sua pronuncia incorse, non avendo nulla che vedere col difetto di giurisdizione, non poteva giustificare la cassazione.

3. - In effetti il Consiglio di Stato aveva pronunciato l'annullamento di un atto inesistente.

Di conseguenza, prendendo le mosse dalla premessa della giuridica inesistenza degli atti giuridici i quali abbiano a proprio oggetto degli atti inesistenti (v. SANDULLI, *In tema di promulgazione dei decreti del Capo dello Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 47 I 13 s.), potrebbe volersi giungere addirittura alla conclusione della inesistenza della pronuncia del Consiglio di Stato. Il che importerebbe la conseguenza del venir meno di ogni obbligo da parte dell'amministrazione di attenersi al suo giudicato.

Occorre tuttavia por mente come la decisione del Consiglio di Stato contenesse prima di tutto una pronuncia implicita circa la esistenza di un provvedimento di diniego della riammissione in servizio, che esso ritenne ricorrere nella specie. Per annullarlo, in fatti, esso dovette considerarlo esistente. Con la conseguente formazione di un giudicato su questo punto, e sulle relative posizioni giuridiche soggettive, e con la conseguente impossibilità di far venire comunque meno tali posizioni, acquisite attraverso il giudicato in modo certo e definitivo.

Il principio in base al quale sono inesistenti gli atti aventi a proprio oggetto degli atti inesistenti urta dunque su questo terreno, in modo insuperabile, contro la forza assoluta che è propria della cosa giudicata.

Per quanto il Consiglio di Stato avesse pronunciato l'annullamento di un atto inesistente, nessun rimedio poteva quindi offrirsi all'amministrazione. E forse appunto per trovare un qualche riparo alla situazione determinatasi, non rispondente ai fini del diritto, la Corte Suprema si decise nel senso in cui pronunciò.

Rilievi in tema di diritti soggettivi e interessi legittimi*

Pubblicato in

Giurisprudenza completa
della Corte Suprema di Cassazione
Sezioni Civili
Roma, 1949, pp. 205-206

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 20 gennaio 1949 n. 61, *ibid.*, p. 203; la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE: 20 GENNAIO 1949 N. 61; PRES. PELLEGRINI, EST. FELICI, P. M. MACALUSO (CONF.); E.N.I.C., MINISTERO FINANZE, MINISTERO TESORO C. D'ARIENZO E SANTARELLI.

Appartiene alla competenza di legittimità del Consiglio di Stato, la cognizione del ricorso avverso il decreto ministeriale che convalida il licenziamento di dipendenti di società collegate, in applicazione degli art. 2 n. 1 del DLeg. 5.10.44 n. 249 sull'assetto della legislazione nei territori liberati, e 1 del DL del Capo provvisorio dello Stato 23.8.46 n. 146.

Rilievi in tema di diritti soggettivi e interessi legittimi. La sentenza che si annota rappresenta una nuova testimonianza delle difficoltà che la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e la correlativa discriminazione tra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo continuano a presentare dopo tanti decenni di applicazione.

La disposizione dell'art. 2, n. 1 del DLeg 5.10.44 n. 249 relativo all'assetto della legislazione nei territori liberati, la quale considera privi di efficacia giuridica, tra gli altri, gli atti posti in essere sotto il regime della repubblica sociale italiana concernenti la nomina, la carriera e la cessazione dal servizio dei dipendenti degli enti rispetto ai quali lo Stato avesse comunque partecipato alla formazione del capitale o al finanziamento sotto qualsiasi forma, venne dal DLeg 23.8.46 n. 146 dichiarata applicabile soltanto ai dipendenti di società collegate il cui capitale fosse totalmente costituito da società o enti pubblici nei quali lo Stato partecipasse alla formazione del capitale al meno per la metà dell'importo, nonchè ai dipendenti di società collegate il cui capitale fosse costituito al meno per la metà del suo importo da società o enti pubblici nei quali lo Stato avesse la totalità del capitale sociale.

Di conseguenza, mentre in base alla dizione del primo dei due citati testi legislativi gli atti relativi al rapporto d'impiego dei dipendenti dell'Ente nazionale industrie cinematografiche — ente privato il cui capitale in azioni risultava in parte sottoscritto dal demanio mobiliare dello Stato — apparivano assoggettati alla disciplina degli art. 2 e 3 del DLeg 5.10.44 n. 249, in base alla dizione del secondo testo essi — non avendo l'ente in questione le caratteristiche da questo richieste — venivano a risultare esenti da tale disciplina, e quindi esenti da ogni intervento dell'autorità amministrativa.

Che il DLeg 23.8.46 n. 146 volesse aver valore puramente esplicativo della formula contenuta nel n. 1 del DLeg 5.10.44 n. 249, non pare, data la sua formulazione (« L'art. 2 n. 1 del DLeg 5.10.44 n. 249 . . . *si applica* ai provvedimenti . . . »), possibile dubitare. Nè a fargli negare nei confronti di tale formula il valore formale di norma interpretativa può valere la circostanza che in realtà esso venisse a limitarne il contenuto. Quella del carattere sostanzialmente innovativo non è, infatti, nel nostro ordinamento, una circostanza decisiva al fine di contestare, in una norma destinata a specificare il contenuto di una norma precedentemente emanata, la forza giuridica di norma interpretativa (v., anche per indicazioni, M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, 92 s., e partic. 97 s.).

Non è quindi dubbio che a quel decreto del capo dello Stato bisognasse riconoscere, appunto in virtù di tale suo valore, forza retroattiva (v. M. S. Giannini, *op. cit.*, 99).

Di conseguenza, col suo sopraggiungere, tutti i provvedimenti di convalida adottati ai sensi dell'art. 3 del DLeg 5.10.44 n. 249 dal Governo nei confronti degli atti relativi al rapporto d'impiego dei dipendenti dell'Ente nazionale industrie cinematografiche, posti in essere durante il regime repubblicano fascista, erano da considerare illegittimi per invalidità successiva (cfr. Romano, *Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in on. di* Giovanni Vacchelli, Milano 1938, 137 s.; Gasparri, *La invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa 1939, 25 s.; *contra* Romanelli, *Sulla cosidetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, *Jus* 12, 132 s.). Si trattava, infatti,

di provvedimenti emanati dal Governo sulla base di un potere che una successiva legge interpretativa – per ciò retroattiva – aveva rivelato insussistente.

Se così è, non si può non convenire che nella specie esaminata nella sentenza che si annota ricorresse il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Ben era dunque fondata la doglianza mossa in tal senso dall'Amministrazione dello Stato e dall'Ente, e ingiustamente essa venne disattesa sia dal Consiglio di Stato (IV, 18.6.47 n. 202, in FAmm 48 I 1, 11), sia dalla sentenza annotata, che ne ha confermato la decisione.

In vero, ci si trovava in presenza di un caso in cui la pubblica amministrazione era intervenuta nei confronti di rapporti di impiego privato, e quindi in materia di diritti soggettivi, senza per nulla averne il potere. Non ricorreva cioè semplicemente – come ha a torto ritenuto il collegio – un vizio inerente all'esercizio o all'uso di un potere d'impero effettivamente spettante all'amministrazione nei confronti di diritti altrui – vizio il quale si sarebbe risolto nella mera lesione di un interesse legittimo del soggetto toccato dal provvedimento –; ma ricorreva addirittura la deficienza del potere del quale l'autorità si era avvalsa — difetto il quale per ciò appunto si risolve nella lesione della sfera dei diritti dei soggetti toccati dal provvedimento (cfr. SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, FI 49 I 32, e altri scritti ivi ricordati).

È vero che nella specie il *petitum* era quello proprio del giudice amministrativo, in quanto si impugnava un provvedimento amministrativo; nè — come ha giustamente avvertito la sentenza annotata — nulla rileva contro il carattere autoritativo di un atto del pubblico potere la circostanza che esso venga a operare sulla sfera di rapporti privatistici. Ed è altresì vero — come è stato osservato dalla decisione del Consiglio di Stato impugnata, e confermato dalla sentenza annotata — che il provvedimento governativo di convalida del licenziamento dei dipendenti dell'Ente — provvedimento reso illegittimo dalla sopravvenuta norma di valore interpretativo — non poteva esser caducato se non con l'intervento di un ulteriore provvedimento, e quindi, fin quando un tale intervento fosse mancato, rimaneva in vigore (in difetto di ogni disposizione in contrario, ciò discende dal principio della esecutorietà degli atti amministrativi, il quale, come è noto, si applica anche agli atti illegittimi). Tuttavia l'elemento decisivo per la discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base all'art. 2 L 20.3.65 n. 2248 all. E e all'art. 26 TU 26.6.24 n. 1054 – vale a dire la *causa petendi*, la quale nel caso specifico rifletteva unicamente dei diritti soggettivi – non poteva far risolvere la questione che nel senso della competenza del giudice ordinario. Il provvedimento amministrativo, che nella specie era intervenuto era, infatti, come si è visto, un atto col quale l'amministrazione, esorbitando dalla sfera dei suoi poteri, era venuta a invadere il campo di diritti soggettivi risparmiati per volere legislativo da ogni ingerenza dei pubblici poteri. Per nulla quindi esso poteva valere a far considerare la materia soggetta al giudice amministrativo.

Sulla costituzionalità delle «sezioni specializzate» per gli equi fitti

Pubblicato in

Rassegna di Diritto Pubblico
Napoli, 1949, I, pp. 110-116

1. — E' noto che l'art. 102 della costituzione sancisce al 2° comma il divieto di istituire giudici speciali, consentendo soltanto la istituzione presso gli organi giudiziari ordinari di « sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura ».

La legge 18 agosto 1948 n. 1140, sui contratti di affitto dei fondi rustici e di vendita delle erbe per il pascolo, provvede con gli art. 4 e 5 a istituire presso ciascun Tribunale delle « sezioni specializzate » destinate a funzionare con l'intervento di tre giudici togati, tra cui il presidente, e di quattro cittadini in rappresentanza delle categorie interessate. Dette sezioni, destinate, come si legge nel cit. art. 4, a « sostituire » le commissioni arbitrali previste dall'art. 9 del decreto legislativo 1° aprile 1947 n. 277, giudicano secondo la procedura speciale propria di tali commissioni (quella regolata dal decreto legislativo 10 agosto 1945 n. 639) (art. 13); e le loro decisioni, come le decisioni di queste, sono impugnabili soltanto per cassazione per i motivi di cui all'art. 360 cpc (art. 12).

Pare manifesto che, più che a delle sezioni specializzate dei tribunali ordinari, ci troviamo di fronte a delle vere e proprie giurisdizioni speciali, e che quindi le norme istitutive di esse siano viziate di incostituzionalità.

2. — Non può dirsi che la linea di demarcazione tra giudici ordinari e giudici speciali sia stata tracciata in modo definitivo in dottrina e in giurisprudenza (v. in proposito le perplessità del CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 589). Nè questa è la sede più adatta per addentrarsi in una approfondita analisi della materia.

Basterà ricordare che, per giungere alla conclusione della specialità, mentre da parte della giurisprudenza (v. da ultimo Cass., 24 maggio 1948 n. 782, in *Mass. Foro it.*, 1948, 161), e della maggioranza degli autori (ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in ORLANDO, *Primo trattato completo di dir. amm. italiano*, III, 512 sgg.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 6ª ed., Milano, 1948, 121 sg.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, 41) si insiste sulla estraneità dei giudicanti alla magistratura ordinaria, da parte di altri (CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934, n. 169), ci si appoggia essenzialmente alla circostanza che la sfera di attribuzioni riguardi soltanto un limitato gruppo di controversie.

Nella specie però ricorre non uno solo, ma tutti gli indizi sui quali dalle varie parti si è stati soliti far leva per individuare in un collegio giurisdizionale i caratteri di giurisdizione speciale. Da un lato, in fatti, il collegio giudicante è costituito prevalentemente da elementi estranei agli ordinari organi giusdicenti; e dall'altro la sua competenza è limitata a una ristretta cerchia di controversie previste in conseguenza dell'applicazione di disposizioni di carattere eccezionale e temporaneo. Nè ciò basta: il legislatore sottrae, in fatti, tali controversie alla procedura ordinaria e le sottrae al duplice grado del giudizio di merito, prevedendo contro le decisioni nelle quali esse si concludono il solo ricorso per cassazione.

Come è noto, per assai meno è stata a lungo e da più parti affermata la natura di giurisdizione speciale della magistratura del lavoro, per quanto in favore della tesi della sua natura di sezione specializzata della corte d'appello militassero, oltre che la lettera della legge 3 aprile 1926 n. 563 (la quale adoperava l'espressione « Corte d'appello funzionante come magistratura del lavoro »), la circostanza che nel collegio giudicante i giudici non togati erano in minoranza (due su cinque), e la circostanza che in base all'art. 16 della legge citata le regole procedurali da seguire in mancanza di norme espresse erano quelle del codice di procedura civile (sui vari argomenti portati pro e contra dalla dottrina, v. BORSI, *La giustizia amministrativa*, 7. ed., Padova, 1941, 158 sgg.).

E ancora oggi, in materia di giurisdizione delle acque pubbliche, in base al T. U. 11 dicembre 1933 n. 1775, mentre esistono dissensi circa la natura di giurisdizione speciale dei tribunali regionali, funzionanti presso alcune corti d'appello con l'intervento di due giudici togati e di un tecnico (per la natura di giurisdizione speciale, v. BORSI, *op. cit.*, 163 sgg.; PACELLI, *Le acque pubbliche*, 2ª ed., Padova 1934, 601 sgg.; GILARDONI, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, III, Roma, 1937, 131 sgg.; contra CARNELUTTI, *op. cit.*, I, 589; ZANOBINI, *op. cit.*, II, 291; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 2ª ed., Padova, 1943, 336 sg.; CALAMANDREI, *op. cit.*, II, 48, nonchè la giurisprudenza richiamata da A. D. GIANNINI, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXII, 1, 1946, 540), e mentre nello stesso senso si continua ancor più a dubitare a proposito del tribunale superiore, funzionante, in quanto giudice di appello delle cause portate innanzi ai tribunali regionali, con l'intervento di tre magistati ordinari, di un magistrato amministrativo e di un tecnico (v., infatti, oltre BORSI, *op. cit.*, 160 sg., e gli altri scrittori già cit., che ne condividono l'opinione, anche CARNELUTTI, *op. cit.*, I, 589 e 610; CALAMANDREI, *op. cit.*, II, 49), sia la giurisprudenza che la dottrina sono concordi nel riconoscere allo stesso tribunale superiore la qualifica di giudice speciale allorchè, investito in unico grado dell'esame dei ricorsi ai sensi dell'art. 143 della legge sulle acque, giudica con un collegio in cui i magistrati ordinari sono in minoranza (tre su sette) (cfr., anche per indicazioni, A. D. GIANNINI, *loc. cit.*).

Insieme al tribunale per i minorenni, istituito col decreto legge 20 luglio 1934 n. 1404, e alla sezione speciale per gli usi civici istituita

con la legge 10 luglio 1930 n. 1078 presso la corte d'appello di Roma — organi presso i quali le diversità rispetto agli altri organi della giurisdizione ordinaria sono assi meno sostanziali — (su di essi v. CALAMANDREI, *op. cit.*, II, 49 sg.), i due indicati rappresentano, anche a voler largheggiare, i soli casi di sezioni specializzate dei tribunali ordinari che il nostro ordinamento abbia conosciuti prima dell'entrata in vigore della nuova costituzione (non possono certo esser considerati tali nè i commissari per gli usi civici, nè i capitani di porto, per quanto le loro pronuncie siano appellabili innanzi a organi inquadrati nella magistratura ordinaria: opportunamente a tal proposito è stata distinta dall'ANDRIOLI, in *Riv. dir. nav.* 1941, I, 155, la nozione costituzionale di giudice ordinario da quella istituzionale; cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, II, 50). E certo presso nessuno di essi (e neanche presso le sezioni specializzate per le controversie mezzadrili istituite con la recente legge 4 agosto 1948 n. 1094, la cui legittimità pure dà luogo a notevoli perplessità) la disparità degli elementi del processo rispetto a quelli propri del giudice ordinario appare così totale e così marcata come presso le c. d. sezioni specializzate istituite con la legge 18 agosto 1948 n. 1140, le quali giudicano: *a*) con un collegio in cui i giudici estranei agli ordinari organi giusdicenti sono in maggioranza (cosa che non si è mai verificata presso nessuna delle sezioni specializzate che il nostro ordinamento ha conosciute in passato); *b*) come giudice di merito inappellabile; *c*) con competenza riferentesi a una legislazione eccezionale ed estremamente limitata nella materia e nel tempo; *d*) con procedura speciale, e propria di giurisdizioni speciali; *e*) come giudice di equità.

Se il concorso di tutti tali elementi non è sufficiente a far considerare come speciale un organo giurisdizionale, non si intende a quali organi giurisdizionali abbia da essere applicato il divieto di cui al 2° comma dell'art. 102 della costituzione, a meno di non voler giungere alla conclusione che sono giudici speciali soltanto.....quelli che il legislatore espressamente designi con tale nome (non si vede quale apporto possa fornire in proposito quella recente vaghissima formula contenuta nella sentenza della Corte suprema 11 gennaio 1947 n. 23, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVI, 1947, 8, secondo cui « perchè possa aversi una giurisdizione speciale, è necessario che il legislatore, non solo abbia predisposto l'ausilio, nel collegio giudicante, di speciali tecnici, o la rappresentanza di speciali interessi, ma che abbia creato un organo *ad hoc*, e cioè un organo *nuovo ed estraneo* agli organi della giurisdizione ordinaria, sia pure se di questo organo facciano parte, o come membri, o come presidenti, dei magistrati togati »: quando, in fatti, può dirsi che un nuovo organo di giurisdizione istituito presso un tribunale ordinario, sia « estraneo » alla giurisdizione ordinaria? è proprio questo il problema da risolvere, e che la formula enunciata lascia completamente nel buio).

Nè potrebbe esser considerato sufficiente, a far considerare le c. d. sezioni specializzate come organi della giurisdizione ordinaria, la circostanza che esse sono composte da una normale sezione di tribunale, cui sono aggregati dei tecnici (in tal senso, v., a proposito delle sezioni

specializzate per la mezzadria, il min. SEGNI, nella seduta della Camera dei deputati del 6 luglio 1948: v. *Atti parlam., Discussioni,* 925; e contro di lui le osservazioni dell'on. GULLO). Mentre da un lato, infatti, — come dimostra la composizione del Tribunale regionale delle acque — l'essenza di un ogano specializzato della giurisdizione ordinaria non è affatto individuata necessariamente dalla presenza in esso dello stesso collegio di giudici ordinari che normalmente è proprio di quella giurisdizione, dall'altro è decisiva la considerazione che nel caso in esame i componenti del tribunale vengono a essere in minoranza rispetto ai giudici estranei al tribunale. Che in base al 2° comma dell'art. 102 della costituzione non sia possibile considerare come organo della giurisdizione ordinaria un collegio in cui i giudici ordinari non abbiano la prevalenza, fu ben inteso in sede di elaborazione della costituzione. Tanto che, al fine di render possibile la conservazione dell'istituto della corte d'assise — la quale, secondo le giuste preoccupazioni dell'on. TARGETTI (seduta del 21 nov. 1947, *Atti dell'Ass. Cost.,* 2335), dell'on. GHIDINI (seduta del 22 nov. 1947, ivi, 2391), e dell'on. GRASSI (seduta del 24 nov. 1947, ivi, 2404), invano contrastate dall'on. LEONE, anch'egli per altro notevolmente perplesso (sedute del 21 nov. 1947, ivi, 2335, e 24 nov. 1947, ivi, 2402), e dall'on. RUINI (seduta del 24 nov. 1947, ivi, 2403), e fatte proprie dall'assemblea (come venne riconosciuto dallo stesso on. RUINI nella seduta del 24 nov. 1947, ivi, 2402), sarebbe stata pregiudicata da quella norma — il legislatore costituente ritenne necessario e indispensabile aggiungere all'articolo l'attuale 3° comma (« La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia »), approvato dopo lunga e viva discussione protrattasi per varie sedute (*Atti,* cit., 2428). In tal modo l'Assemblea costituente dimostrò in maniera irrefutabile di ritenere che un organo giudiziario, nel quale i giudici ordinari rappresentino la minoranza, non potrebbe esser considerato come uno degli organi specializzati della magistratura ordinaria che essa aveva inteso consentire col 2° comma dell'art. 102.

Nulla può valere dunque invocare, in favore del carattere ordinario degli organi giurisdizionali in esame l'esempio delle corti d'assise, le quali pure giudicano senza appello e con l'intervento di un numero di giudici ordinari inferiore a quello dei giudici onorari. A parte la considerazione che, sol che si pensi all'art. 32 cpp, sarebbe difficile a proposito della loro competenza parlare di una specialità di materia, le corti d'assise, in fatti, in tanto non sono da considerare in contrasto con l'attuale costituzione, in quanto esiste la specifica norma dettata dal 3° comma dell'art. 102. In base al 2° comma, in vero, la loro possibilità di sopravvivere sarebbe stata pregiudicata.

Nè, ancora, potrebbe esser sufficiente, a far negare alle c. d. sezioni specializzate di cui è questione la natura di vere e proprie giurisdizioni speciali, la circostanza che contro le loro pronuncie è ammesso il ricorso per cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 360 cpc, e cioè per tutti quelli per cui tale mezzo è consentito contro le pronuncie dei giudici ordinari. A parte la scarsa rilevanza che tale argomento potrebbe avere

in presenza di altri casi in cui, anche in passato, il legislatore ha consentito per tali motivi il ricorso in cassazione contro pronuncie di giudici speciali (così è anzi avvenuto, in base all'art. 13 del decreto legislativo 1° aprile 1947 n. 277, proprio per le commissioni arbitrali che le c. d. sezioni specializzate in questione sono state chiamate a « sostituire » — commissioni della cui natura di giurisdizioni speciali, pure, nessuno ha dubitato: cfr. Cass., 15 marzo 1948 n. 401, in *Foro it.*, 1948, I, 382, con nota di AZZARITI), è da ricordare, infatti, che il ricorso in cassazione per violazione di legge è dall'art. 111, comma 2, della costituzione previsto inderogabilmente contro tutte le sentenze, sia dei giudici ordinari, che di quelli speciali, salvo l'eccezione di cui al comma 3.

Nè, poi, sarebbe possibile, allo scopo di affermarne la costituzionalità, far rientrare le c. d. sezioni specializzate in esame nella categoria degli organi giudiziari « con partecipazione diretta del popolo », cui si riferisce il 3° comma dell'art. 102 della costituzione. A parte ogni altra considerazione, sembra decisivo in contrario il rilievo che altro è la partecipazione diretta *del popolo* all'amministrazione della giustizia, cui si riferisce la citata norma costituzionale, la quale presuppone una rappresentanza *indifferenziata* dei cittadini negli organi giudiziari, come è proprio delle corti d'assise; e altro è la partecipazione di elementi tecnici o di rappresentanti di particolari interessi *differenziati,* come è proprio del caso in esame, e in genere delle sezioni specializzate previste dal 2° comma dell'art. 102 della Costituzione.

Nè, infine, potrebbe rappresentare un valido argomento in favore della ammissibilità, in una sezione specializzata, di un numero di giudici, estranei alla magistratura ordinaria, superiore a quello dei magistrati ordinari, la circostanza che il 2° comma dell'art. 102 impiega per i « cittadini idonei estranei alla magistratura » la stessa parola (« partecipazione ») che il 3° comma impiega per i casi in cui il popolo viene chiamato direttamente all'amministrazione della giustizia. Sarebbe invero viziato il ragionamento di chi fosse tentato di dedurre che, se la parola « partecipazione » non è per i casi contemplati nel 3° comma — come sembra fuori dubbio — incompatibile con la possibilità che la rappresentanza popolare prevalga numericamente sui giudici togati, altrettanto debba concludersi per i casi contemplati nel 2° comma. E' da sottolineare, in fatti, che, mentre nel 3° comma si parla genericamente di partecipazione « *all'amministrazione della giustizia* », nel 2° comma si parla specificamente di partecipazione a *sezioni degli* « *organi giudiziari ordinari* ». E, quando a una sezione di tal genere venisse a essere aggiunto un numero di « cittadini idonei » maggiore del numero dei giudici togati, non sarebbe più a parlare di una *partecipazione* dei primi a quella sezione, ma addirittura di una *snaturazione dell'organo* (cfr. AZZARITI, *Giurisdizioni speciali e sezioni specializzate,* in *Foro it.* 1949, IV, 22).

3. — Del resto, l'intento del legislatore di lasciar funzionare in relazione all'annata agraria 1947-48 lo stesso regime giuridico di determinazione degli equi fitti introdotto dal decreto legislativo n. 277 del 1947 per le

annate precedenti — regime per il quale furono istituite le commissioni arbitrali che le attuali sezioni specializzate sono state chiamate a « sostituire » — risulta esplicitamente da tutta la legge n. 1140 e dalle due relazioni parlamentari da cui il relativo progetto è stato accompagnato, dovute, quella al senato, all'on. Braschi, e, quella alla camera, all'on. Avanzini.

Per poter realizzare tale intento non ostante l'art. 102 della costituzione, è stato ritenuto sufficiente mutare il nome degli organi giurisdizionali creati col decreto legislativo n. 277 del 1947 (nessuna rilevanza può avere, in fatti, la variazione del numero dei componenti del collegio, portato, dall'art. 5 della legge n. 1140, da tre a sette, lasciando a ogni modo sempre in minoranza — tre contro quattro, anzi che uno contro due — i giudici togati). Quelle che prima si chiamavano « commissioni arbitrali » presso i tribunali, sono state così, dopo averle a mala pena rimaneggiate, ribattezzate col nome di « sezioni specializzate dei tribunali ». E nella pia intenzione del legislatore, a sostituire delle commissioni arbitrali — e cioè delle giurisdizioni speciali — con delle sezioni specializzate dei tribunali ordinari è bastata la sostituzione... del nome (nella sua relazione alla Camera dei deputati nella seduta del 15 luglio 1948, in *Atti parlam., Discussioni,* 1259-60, il ministro proponente, on. SEGNI, dopo aver affermato apoditticamente che tra le commissioni arbitrali e le sezioni specializzate « la differenza non è grande, ma v'è, ed è inutile che io la illustri alla Camera » (!), ebbe a convenire che con la legge proposta veniva a essere introdotta « una semplice modificazione della struttura giuridica degli organi giudicanti, e le norme processuali rimangono le stesse, e la *struttura sostanziale stessa di questi organi rimane materialmente la stessa, tanto nella legge attuale come nella legge precedente* »; v. nello stesso senso, a proposito delle sezioni specializzate per la mezzadria, l'on. GULLO, nella seduta della Camera dei deputati del 6 luglio 1948, in *Atti parlam., Discussioni,* 923).

In tal modo il precetto dell'art. 102 della costituzione è stato rispettato proprio alla stessa maniera che il precetto della prevalenza della volontà del collegio cardinalizio venne rispettato da quel papa, il quale, nel coprire col suo zucchetto bianco le palle nere con le quali la maggioranza dei cardinali aveva espresso il suo voto in contrasto con la volontà di lui, affermò: « E noi le faremo bianche ».

Il vero è che la legge in questione — come, a edificazione della loro fiducia nel metodo col quale li si governa, tutti gli onesti cittadini possono leggere nella relazione al senato dell'on. Braschi (« tutti hanno deplorato la fretta e l'urgenza colle quali si è ormai costretti a varare una legge che molti ritengono imperfetta e — taluni — addirittura ingiusta ») — venne gettata giù in modo frettoloso e superficiale, sotto l'urgenza della necessità delle provvidenze che con essa si intesero realizzare. E la fretta di ....« sostituire », mediante il tocco magico della bacchetta dell'art. 4, le « commissioni arbitrali » con le « sezioni specializzate », dovette esser tale, che, sia nella relazione alla camera dell'on. Avanzini, sia nella relazione al senato dell'on. Braschi, le « sezioni specializzate »

continuarono a esser chiamate (onestà della fretta!) « commissioni arbitrali ».

E, allora, che meraviglia che l'interprete — il quale, per fortuna, non ha alcuna fretta di gettare alle urtiche la costituzione — le consideri anche lui proprio alla stessa stregua delle vecchie commissioni arbitrali? Con la differenza però che, mentre la istituzione di quelle, avvenuta in un momento in cui la nuova costituzione non era ancora entrata in vigore, potè esser considerata legittima (Cass., 15 marzo 1948 n. 401, cit.), non altrettanto può dirsi per la istituzione delle c. d. sezioni specializzate avvenuta sotto il vigore della nuova costituzione.

Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica Amministrazione*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1949, III, col. 129-131

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. V, 11 dicembre 1948 n. 806, *ibid.*, col. 128; le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V: 11 DICEMBRE 1948 N. 806; PRES. SEVERI P., EST. BOZZI A.; FILIPPONI (AVV. SCIMONELLI) C. MINISTRO INDUSTRIA (AVV. DELLO STATO FOLIGNO) E ISTITUTO NAZ. ASSICURAZIONI (AVV. PECORELLA).

Il silenzio serbato dalla pubblica Amministrazione, a seguito della formale richiesta di un provvedimento, al quale essa non sia obbligata, è un non-atto, e quindi non è suscettibile di impugnativa.

Ai sensi dell'art. 3 decreto legisl. luog. 5 ottobre 1944 numero 249, il Governo non ha obbligo di riesaminare, ai fini di una eventuale convalida, i provvedimenti di cui all'art. 2 dello stesso decreto, emessi dalla Repubblica sociale italiana.

1. — Non pare che la decisione annotata sia corretta dal punto di vista dogmatico.

Che nella specie l'Amministrazione non avesse l'obbligo giuridico di adottare alcun provvedimento nella materia in cui l'interessato aveva richiesto che essa l'adottasse, e che tanto meno essa avesse l'obbligo di adottare un provvedimento del genere di quello richiesto, sembra esatto. Ciò che non pare esatto è che l'atteggiamento di inerzia serbato dall'Amministrazione, a seguito della diffida formale da parte dell'interessato, debba in casi di tal genere esser considerato un non-atto, e quindi non sia suscettibile di impugnativa.

Per quanto, sia in dottrina sia in giurisprudenza, soglia tornar frequente l'affermazione che il silenzio dell'Amministrazione possa esser considerato come rifiuto soltanto nelle ipotesi in cui l'Amministrazione abbia un obbligo giuridico di provvedere (v. partic. FORTI, *Il «silenzio» della pubblica Amministrazione e i suoi effetti processuali*, 1932, in *Studi di dir. pubb.*, II, Roma 1937, 232 segg.; nonchè *Relazione* del Presidente del Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40, II, Roma 1942, 634), non si era fin qui mai giunti fino a escludere che il silenzio serbato a seguito di una formale richiesta, in una materia in cui l'Amministrazione non avesse alcun obbligo di provvedere, dovesse esser considerato come un non-atto, e non potesse quindi formare oggetto di impugnativa. Anzi l'orientamento era proprio nel senso opposto (v., p. es., Cons. Stato, V Sez., 3 ottobre 1941, *Foro it.* Rep. 1942, voce *Atto amm.*, n. 9); e lo era fino al punto che talvolta la giurisprudenza era persino giunta a escludere la necessità di un formale atto di messa in mora dell'Amministrazione (i casi in cui il Consiglio di Stato è giunto a tale estremo sono stati tuttavia del tutto eccezionali, e sono stati vivamente criticati dalla dottrina: v. V Sez. 27 agosto 1932, *id.*, 1932, III, 361; 17 gennaio 1941, *id.*, 1941, III, 226, con nota contraria di LUCIFREDI, *Silenzio rifiuto senza messa in mora?*; in argomento v. anche, di recente, SANDULLI, *In tema di errata individuazione da parte del giudice del provvedimento contenuto nel silenzio dell'Amministrazione*, in *Giur. Cass. civ.*, XXVI,

1947, 297). Il vero è che quell'affermazione, la quale dal punto di vista dogmatico non pare del tutto esatta, trova la sua origine storica nel fatto che — non volendosi logicamente attribuire al silenzio alcun significato giuridico se non nei casi in cui un significato si presenti come inequivoco (v., per tutti, BETTI, *Teoria gen. del negozio giuridico*, Torino 1943, 93 segg.) — attraverso di essa si intese affermare il principio che, fuori dell'ipotesi in cui l'Amministrazione avesse un obbligo giuridico di provvedere, non potrebbe essere questione di rifiuto, se non nel caso che l'Amministrazione stessa se ne fosse rimasta inerte a seguito di un formale atto di messa in mora da parte dell'interessato (è sintomatico anzi che il FORTI, che è certamente lo scrittore che più acutamente ha approfondito l'argomento, abbia osservato che, fuori del caso dell'incompetenza dell'autorità richiesta, sarebbe difficile indicarne degli altri in cui da una richiesta formale non derivi un obbligo dell'autorità amministrativa di pronunciarsi: *op. cit.*, 239).

Il giungere fino alla conclusione accolta dalla decisione annotata, appare dunque frutto di un evidente errore di prospettiva.

Il problema del valore giuridico del silenzio, nel campo del diritto amministrativo — come in ogni campo del diritto — è un problema di ermeneutica (cfr. BETTI, *op. cit.*, 95; FORTI, *op. cit.*, 232 segg.). E nel nostro sistema — il quale accoglie il principio del rischio per l'altrui ragionevole affidamento (cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Ist. di dir. civ.*, I, 3ª ed., Napoli 1946, 105) — l'applicazione fedele dei principî, alla stregua delle comuni regole dell'esperienza (le quali indicano come ragionevole che chi non risponda a una richiesta fattagli non intenda aderirvi), porta alla conclusione logica che il silenzio serbato a seguito di una richiesta altrui non possa essere considerato che come rifiuto di accogliere la richiesta (cfr. FORTI, *loc. cit.*). Di tale principio l'art. 5 t. u. legge com. e prov. 1934 non rappresenta che un'applicazione (cfr. da ultimo, in dottrina, AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in questo volume, I, 151; in giurisprudenza, Cons. Stato, IV Sez., 31 marzo 1948, n. 159, in questa raccolta, 1948, III, 178; *contra*, ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, II, 6 ed., Milano 1948, 139 seg.).

Nulla dunque, in ordine a ciò, può rilevare che chi abbia ricevuto la richiesta avesse o non l'obbligo di soddisfarla. Tale particolare potrà aver rilevanza in ordine alla legittimità o alla illegittimità del rifiuto; ma non certo in ordine al fatto che un rifiuto vi sia stato. E, una volta che vi sia stato, appare inesatto parlare in relazione a esso di «non-atto», con la grave conseguenza di negare l'ammissibilità del gravame. In un caso di tal genere il ricorso potrà essere rigettato nel merito, a causa della legittimità dell'atto negativo dell'Amministrazione, e quindi dell'infondatezza della pretesa del richiedente. Ma l'affermazione che qui «il comportamento negativo non costituisce manifestazione di volontà e però non è impugnabile» appare assolutamente inspiegabile. Una volta accolta la premessa che l'inerzia di chi abbia ricevuto una richiesta sia da interpretare, in man-

canza di ogni altro elemento, come rifiuto di aderire alla richiesta, nulla può, in vero, autorizzare a tale conclusione. Stabilita l'equivalenza tra il silenzio mantenuto in tali condizioni e il rifiuto, e cioè ammesso che in tali condizioni il silenzio in altro non si differenzia da un rifiuto espresso, se non nella forma, l'affermazione, secondo cui l'inerzia serbata nei casi in cui manchi un obbligo di prendere il provvedimento richiesto si risolverebbe in un non-atto e, come tale sarebbe, insuscettibile d'impugnativa, verrebbe, contro ogni logica, a risolversi nel negare a un rifiuto legittimo la qualifica di atto giuridico, e quindi, sul piano processuale, nel negare la possibilità di una impugnativa di esso; il che è manifestamente inaccettabile.

Il problema della legittimità o meno del rifiuto è, invero, un problema, il quale dal punto di vista processuale si pone come problema di merito: esso in giudizio non può esser risolto se non in sede di valutazione da parte del giudice delle norme che disciplinano la materia contestata; e non è certo un problema pregiudiziale attinente semplicemente alla ammissibilità del giudizio. Il negare quindi l'ammissibilità del ricorso in caso di legittimo rifiuto sarebbe inconcepibile, appunto in quanto è inconcepibile configurare come presupposto processuale, e cioè come presupposto della ammissibilità del ricorso, una condizione attinente alla fondatezza di esso nel merito.

Se il rifiuto dell'Amministrazione di aderire a una richiesta infondata, espresso attraverso una manifestazione formale, è un atto impugnabile, non si vede perchè non dovrebbe esserlo il rifiuto espresso attraverso il silenzio.

2. — A questo punto l'argomento della presente nota potrebbe considerarsi esaurito, se il tema di esso non fornisse l'occasione di tentare di dissipare qualche dubbio di recente avanzato da un valoroso scrittore sulla materia del silenzio amministrativo (AMORTH, *op. cit.*).

Secondo la tesi di cui si tratta, in quei casi in cui un soggetto non possa esercitare un proprio diritto, se non a seguito di un intervento autorizzativo dell'Amministrazione, alla quale sia conferito il potere di consentirne l'esercizio soltanto dopo averne riconosciuto la rispondenza al pubblico interesse (p. es., autorizzazioni edilizie), qualora l'Amministrazione non si pronunci entro i termini entro cui avrebbe il dovere di farlo, l'inerzia sarebbe da considerare come una vera e propria violazione di un diritto del soggetto. E ciò sulla considerazione che il potere dell'Amministrazione in ordine all'esercizio di quel diritto incontrerebbe un limite insormontabile — al di là del quale il suo esercizio sarebbe illegittimo — nell'obbligo dell'Amministrazione stessa di render conto, attraverso la motivazione, dell'eventuale diniego della richiesta autorizzazione: per modo che il diritto, il cui esercizio è subordinato al potere dell'Amministrazione, sarebbe da considerare non più limitato, ma pieno, tutte le volte che l'Amministrazione, non motivando la mancata concessione dell'autorizzazione, e cioè illegittimamente, superasse quel limite. Il che naturalmente e ine-

vitabilmente si verificherebbe tutte le volte che l'Amministrazione manifestasse il suo rifiuto attraverso il silenzio.

La tesi, la quale rappresenta indubbiamente un perspicuo tentativo di conseguire una più intensa tutela degli interessi dei cittadini di fronte agli abusi della pubblica Amministrazione, nelle materie in cui a questa è dato interferire sui diritti privati, non pare possa tuttavia meritare accoglimento alla stregua del nostro sistema giuridico.

È da ricordare, infatti, che tutte le volte che un soggetto sia tenuto a subire un intervento della pubblica Amministrazione in relazione a un proprio diritto, la sua posizione nei confronti della pubblica Amministrazione non sarà quella di portatore di un diritto soggettivo, se non entro quell'ambito della sua sfera giuridica al quale il potere dell'Amministrazione non possa estendersi; vale a dire entro quell'ambito in relazione al quale l'Amministrazione sia sfornita di potestà; e non certo entro l'ambito al quale la potestà dell'Amministrazione si estenda. In relazione a quest'ultimo, il soggetto si porrà di fronte all'Amministrazione semplicemente come portatore di un interesse legittimo a che essa esplichi in modo conforme all'ordinamento il suo potere di intervento nei confronti del proprio diritto soggettivo. Per modo che, ove l'Amministrazione intervenga illegittimamente nei confronti del diritto di un soggetto, essa violerà tale diritto, qualora le difetti addirittura il potere che venga a esercitare; violerà invece un semplice interesse legittimo, qualora l'illegittimità del suo comportamento attenga semplicemente all'esercizio o all'uso di un potere che effettivamente le competa (su questi concetti, v. SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in questo volume, I, 34 seg., e ivi citazioni).

Ora valutando, alla stregua di tali considerazioni, l'ipotesi cui si è fatto cenno, non par dubbio che in essa l'illegittimità dell'azione amministrativa appartenga alla seconda, e non alla prima specie. Non par dubbio, infatti, che la motivazione non possa esser fatta assurgere a quella categoria di fattori giuridici, i quali individuano e condizionano la stessa essenza del potere esercitato, di tal che questo possa esser considerato come non esistente, qualora l'azione in cui esso si risolva non risulti motivata (su tali fattori, v. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, 32 segg.). La motivazione attiene invece manifestamente all'uso dell'azione amministrativa, e presuppone naturalmente il potere del quale l'azione stessa rappresenta l'estrinsecazione.

Nessun dubbio dunque, e in ciò la tesi esposta è nel vero, che il silenzio serbato dall'autorità, cui sia rimesso il potere di autorizzare l'esercizio di un diritto soggettivo, sia da considerare illegittimo, anche a prescindere da ogni valutazione in ordine alla legittimità del rifiuto in esso implicito, vale a dire anche quando tale rifiuto sia fondato; e ciò perchè il rifiuto dell'Amministrazione di rimuovere un limite imposto nell'interesse pubblico all'esercizio di un diritto di un altro soggetto, è di quei

provvedimenti, i quali, dato che impongono il sacrificio di interessi privati, per loro natura devono esser necessariamente motivati (v., per tutti, ZANOBINI, *Corso* cit., I, 5ª ed., 1948, 217; MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza di motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, 7 seg.; e presso quest'ultimo ulteriori indicazioni), e quindi non possono venir posti in essere in una forma come il silenzio, che per la sua stessa essenza esclude ogni possibilità di motivazione (appare del tutto fuori strada la decisione del Cons. Stato, V Sez., 3 ottobre 1941, cit., la quale ha ritenuto che il rifiuto implicito nel silenzio dell'Amministrazione non potesse, per la sua stessa essenza, essere impugnato per difetto di motivazione).

Si tratterà tuttavia non di una illegittimità per difetto di potestà, in quanto la potestà di concedere o di negare l'autorizzazione indubbiamente compete all'Amministrazione; ma di una illegittimità attinente al modo di far uso di tale potestà da parte dell'Amministrazione. Quindi essa non inciderà su un diritto soggettivo, ma su un semplice interesse legittimo. E di essa non potrà giudicare che il magistrato amministrativo (esatta pare dunque la conclusione della sentenza della Cass. 28 giugno 1948, in questo volume, I, 147, criticata dall'AMORTH).

Nuova crisi giurisprudenziale nelle controversie di lavoro presso enti pubblici economici*

Pubblicato in

Giurisprudenza completa
della Corte Suprema di Cassazione
Sezioni Civili
Roma, 1949, pp. 659-664

* *Nota* a Consiglio di Stato, Ad. plen., 21 novembre 1949 n. 3, *ibid.*, p. 654; la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN.: 21 NOVEMBRE 1949 N. 3; PRES. ROCCO, EST. BOZZI; RANDISI C. BANCO DI SICILIA.

Per effetto della caducazione dell'ordinamento corporativo-sindacale, ribadita e confermata dalla Costituzione, deve ritenersi abrogato l'art. 429 n. 3 CPC.

È pertanto ripristinata, nel quadro dell'assetto giurisdizionale fissato dalle norme costituzionali, la competenza del Consiglio di Stato a conoscere, in via esclusiva, delle controversie d'impiego tra enti pubblici economici e loro dipendenti, quale che sia in concreto la fonte regolatrice del rapporto.

1. - Con la importante ed elaborata decisione in adunanza plenaria, che si annota, il Consiglio di Stato ancora una volta, in breve volger di tempo, modifica il proprio orientamento in materia di competenza sulle controversie sul rapporto d'impiego presso gli enti pubblici economici — il quale soltanto pochi mesi prima era stato consacrato in senso nettamente diverso in un'altra decisione in adunanza plenaria (13.4.49 n. 2, FI 49 III 97, con nota contraria di AZZARITI) —, per ritornare al proprio primitivo punto di vista, secondo il quale, una volta caduto l'ordinamento corporativo fascista (DL 23.11.44 n. 369), la competenza a decidere delle controversie in questione sarebbe tornata, in via esclusiva, alla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 29 n. 1 TU sul Consiglio di Stato.

È noto che in tal senso era stata in passato nettamente orientata la giurisprudenza del supremo consesso di giurisdizione amministrativa (V sez., 27.8.46, FI 47 III 139; 24.1.47, ivi 47 III 120; 16.5.47 n. 199; 1.7.47 n. 278 FAmm 48 I 2, 45; 27.8.47 n. 376; 9.9.47 n. 401, FAmm 48 I 2, 91; 27.10.47 n. 459), il quale, anche anteriormente all'abolizione dell'ordinamento corporativo, e subito dopo l'entrata in vigore della norma contenuta nell'art. 429 n. 3 CPC (L 21.2.41 n. 254), si era del resto mostrato decisamente avverso a ogni limitazione delle proprie prerogative in ordine alle questioni di interessi relative alla materia che la norma in questione aveva trasferita alla magistratura del lavoro, e aveva continuato a ritenersi competente, se non per le controversie relative a diritti soggettivi, almeno per quelle relative a interessi (V sez. 29.7.42, FI 43 III 201, con nota favorevole di FORTI; 28.7.43, ivi 46 III 5, con nota favorevole di IACCARINO), considerando per tal modo sacrificato dal nuovo sistema legislativo il principio della giurisdizione esclusiva, che il legislatore del 1923 aveva voluto instaurare, e che — a quanto sembra più logico ritenere — il legislatore del 1941 non aveva inteso rinnegare (SANDULLI, RDProcC 47 I 10).

L'orientamento del tutto opposto assunto dalla Corte di Cassazione, la quale, a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite 5 e 6.8.46, FI 46 I 665, ha insegnato e continua a insegnare costantemente — per quanto in principio con qualche incertezza circa il fondamento dogmatico della tesi — che la caduta dell'ordinamento corporativo non ha fatto venir meno la disposizione contenuta nell'art. 429 n. 3 CPC, e che in base a quest'ultimo le controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti degli enti pubblici economici sono devolute alla giurisidizione esclusiva della magistratura del lavoro (Sez. Un. 19.2.47 n. 220, FI 47 I 169; 26.6.47 n. 1014 e 6.8.47 n. 1460, ivi 48 I 414; 31.1.48 n. 157; ivi 48 I 743; 12.3.48 n. 388; 17.3.48 n. 417, GI 49 I 672; 26.7.48 n. 1237; 29.7.48 n. 1278; 20.12.48 n. 1919, FI 49 I 131; 24.3.49 ivi I 845; 13.4.49 n. 1330; 4.7.49 n. 1660; e, da ultimo, 17.1.50 n. 140, FI 50 I 145), spinse successivamente il Consiglio di Stato per ragioni di ordine pratico (onde evitare la sistematica pronuncia di difetto di giurisdizione delle proprie decisioni) a sacrificare — come espressamente può leggersi nella prima delle decisioni che aderirono al nuovo orientamento — il suo fermo convincimento, e ad adattarsi al punto di vista della Suprema Corte regolatrice (V sez. 15.11.47 n. 532, FAmm 48 I 2, 130; 12.12.47 n. 486; 31.1.48 n. 79).

Successivamente però — per quanto non poche decisioni continuassero in un primo momento a seguire tale indirizzo (V sez. 13.3.48 n. 170, FAmm 48 I 2, 439; 20.3.48 n. 182; 24.4.48 n. 235) — la giurisprudenza del Consiglio di Stato, a partire dalla decisione della V sez. 7.2.48 n. 95 (GI 48 III 65), si venne orientando nel senso che, col venir meno dell'ordinamento corporativo, l'autorità giudiziaria ordinaria non potesse esser considerata competente nelle controversie relative a rapporti d'impiego presso enti pubblici economici, se non in quei casi in cui fosse stato effettivamente stipulato e fosse in vigore un contratto collettivo, rimanendo gli altri devoluti alla competenza della giurisdizione amministrativa (V sez. 3.4.48 n. 204; 7.5.48 n. 267; 26.6.48 n. 436; 10.7.48 n. 501, FAmm 49 I 2, 111; 22.1.49 n. 22).

Questo nuovo orientamento pareva ormai consolidato, in quanto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla questione dopo che la VI sezione aveva mostrato preferenza per il precedente indirizzo conforme alla giurisprudenza della Cassazione (8.3.49 n. 6), lo aveva fatto proprio (13.4.49 n. 2, FI 49 III 97).

Di tale soluzione di compromesso — alla quale non era mancato in dottrina qualche consenso (IACCARINO, FI 48 III 77; GIULIANO, *Il rapporto d'impiego con gli enti pubblici economici*, Padova 1948, 114 s.; ANDRIOLI, DLav 49 II 325 s.) — è stata però fatta giustizia, in una perspicua nota alla citata decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dall'AZZARITI, FI 49 III 99 s. E con la decisione annotata il Consiglio di Stato, chiamato a pochi mesi di distanza a pronunciarsi in adunanza plenaria sulla delicata questione, si è evidentemente convinto che la via giusta non era quella del compromesso; nè per altro, « dopo riesame e meditato studio della questione », ha ritenuto di potere con la Corte di Cassazione « dividere la responsabilità di un indirizzo che, anche sul piano costituzionale, pare rivelarsi in contrasto con i principii fondamentali del diritto pubblico e con i postulati giuridici e politici del rinnovato ordinamento democratico dello Stato »; e quindi, sentendosi « in dovere di non rinunciare all'autonomia del proprio giudizio per solo omaggio alle pronuncie della Suprema Corte regolatrice delle competenze giurisdizionali nei casi singoli », ha fatto ritorno al proprio antico orientamento — suo malgrado sacrificato in passato —, per riaffermare la propria competenza esclusiva sulla intera materia dei rapporti d'impiego presso gli enti pubblici economici.

2. - Che il supremo consesso di giurisdizione amministrativa abbia tenuto nella delicata materia — come esso stesso espressamente riconosce — un indirizzo giurisprudenziale « nè fermo nè deciso », e che la sua adunanza plenaria — l'organo destinato a imprimere la direttiva alla giurisprudenza delle sezioni — abbia sentito il dovere di smentire, a sì breve distanza di tempo, sè stessa, sta a testimoniare quanto sia dubbia la soluzione dell'intricata questione — la quale, incerta fin dall'entrata in vigore della norma contenuta nell'art. 429 n. 3 CPC, ancor più lo è diventata con la soppressione dell'ordinamento corporativo.

Invano è stato fin ora invocato un intervento del legislatore — l'unico il quale potrebbe in modo definitivo decidere un dibattito così tormentato, le cui conseguenze sono tanto gravi per la certezza del diritto. E la contraddittorietà dell'atteggiamento del supremo istituto di giurisdizione amministrativa, manifestata dal suo organo più qualificato, sarà stata veramente preziosa se avrà in qualche modo contribuito a richiamare l'attenzione del legislatore sulla necessità improrogabile di intervenire alfine a togliere una vasta categoria di lavoratori dall'incresciosa e dispendiosa difficoltà di non sapere a quale autorità rivolgersi per far valere i propri diritti nei confronti dei datori di lavoro. Se da ogni parte si ostenta — in Parlamento e fuori — tanto studio per i disagi di coloro che vivono del lavoro, la questione è di quelle che più dovrebbero richiamare l'attenzione degli uomini cui la Nazione ha affidato la cura di fare le leggi. O, sebbene destinata a risolvere dei problemi di vitale importanza, nessuno pensa di sollevarla in Parlamento, sol perchè, dato il suo carattere prevalentemente tecnico, essa non è di quelle che si prestano alla rumorosa demagogia?

Quanto all'interprete, egli, se pur gli è dato di lamentare le deficienze legislative, non può però che applicare rigidamente l'*jus quo utimur*.

3. - Ora, in relazione alla questione in esame, non sembra che gli argomenti negli ultimi tempi portati in favore della tesi che il Consiglio di Stato riprende a difendere (LA TORRE, FI 47 IV 1; DE VALLES, FAmm 47 IV 1; CANNADA BARTOLI, FI 47 III 139; IV 10; FAmm 47 I 2, 72; II 10; ANDRIOLI, DLav 47 II 249; GARGIULO, *Nuova Rassegna*, 47; IACCARINO, FI 47 II 120; SPAGNUOLO-VIGORITA, *Contenzioso del pubblico impiego e Costituzione*, Napoli 1949; per la tesi della competenza in ogni caso del Consiglio di Stato al meno nelle questioni di interessi legittimi, v. inoltre GUICCIARDI, GI 48 III 1; LUGO, GI 48 III 65; FRAGOLA, FAmm 48 II 1, 16; SCORZA, DLav 48 II 125; LETTIERI, DLav 48 II 196; DE SEMO, MassGLav 48, 246) siano venuti sostanzialmente ad arricchire la serie di quelli che fin dall'epoca in cui la questione cominciava a esser vivacemente dibattuta non mi parvero sufficienti a far rigettare la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione (RDProcC 47 I 1 s., dove v. anche la bibliografia del tempo sull'argomento).

Non mi sembra dover dunque tornare a esporre le ragioni che in favore di tale soluzione, come allora, mi paiono tuttora decisive. Ricorderò solamente che la tesi è stata successivamente confortata dall'autorità del LESSONA, FI 47 I 443, il quale è tornato sul proprio precedente orientamento, e dello JEMOLO, FI 47 I 743 (v. anche SERMONTI, MassGLav 47, 1; AZZARITI, FI 47 IV 57; 49 III 97; FERRANTE, DLav 47 II 56; SIMI, DLav 47 I 77; nonchè, sebbene in forma meno decisa, VITTA, GI 47 I 1, 1).

Lo stesso Consiglio di Stato nella decisione in adunanza plenaria 13.4.49 n. 2, ora rinnegata, riconobbe — e lo fece, come ebbe a rilevare l'AZZARITI, FI 49 III 99, «non più, come prima, quasi forzatamente e con riserve mentali, ma col convincimento della sua fondatezza» — che la *ratio* dell'art. 429 n. 3 CPC non si esauriva nell'intento di inserire pienamente, e quindi anche dal punto di vista processuale, gli enti pubblici economici nell'ordinamento corporativo. In quella *ratio* rientrava infatti — e non importa precisare se con funzione preminente — anche l'intento di equiparare sotto ogni punto di vista, e quindi pure sotto l'aspetto processuale, la disciplina giuridica dei dipendenti degli enti pubblici economici a quella dei dipendenti da privati operanti nel medesimo campo economico. Appare dunque evidente che, fin quando non intervenga una norma, la quale riveli l'intento legislativo di far venir meno tale equiparazione, quella disposizione va ritenuta in pieno vigore, e che non può bastare la caduta dell'ordinamento corporativo a farla considerare venuta meno.

4. - Quanto al problema — più antico, perchè preesistente alla caduta del sistema corporativo — se la competenza attribuita dall'art. 429 n. 3 CPC alla magistratura del lavoro abbia carattere esclusivo, o se in ordine alla materia dell'impiego presso enti pubblici inquadrati sindacalmente abbia continuato a sussistere, anche dopo la sua entrata in vigore, una competenza, sia pur parziale, del Consiglio di Stato, per le questioni non attinenti a diritti soggettivi, non meno esatto appare — allo stato attuale della legislazione — l'orientamento della Corte Suprema.

Una volta accettato il principio che l'intento del legislatore corporativo fu la piena equiparazione, sia sul piano sostanziale, sia — conseguenzialmente — sul piano processuale, del rapporto d'impiego presso gli enti pubblici economici a quello presso i corrispondenti soggetti privati, e cioè la trasformazione del rapporto d'impiego presso gli enti pubblici economici in un rapporto d'impiego privato (cfr. AZZARITI, FI 46 IV 25, e presso di lui un'esauriente analisi dell'evoluzione legislativa), appare evidente che in quel rapporto ormai «non vi possono essere che diritti, e mancano interessi legittimi» (così espressamente Cass. 31.1.48 n. 157 cit.; 24.3.49 n. 635 cit.).

Il rapporto è ormai un puro e semplice rapporto di diritto privato — cosa la quale, come risulta da altri inequivocabili casi analoghi che la legislazione presenta, non ha nulla di inconcepibile. L'art. 12 DL 13.4.48 n. 321 dispone, a es., che la posizione giuridica e il trattamento economico del personale della Gestione Raggruppamenti Autocarri (amministrazione autonoma dipendente dal Ministero dei trasporti) — «personale che ad ogni effetto non è da considerare dipendente statale» (e che cioè non è da considerare unito allo Stato da un rapporto di impiego pubblico) — «sono quelli previsti dalle norme che regolano il rapporto di lavoro dell'industria privata dei trasporti» (cfr. SIMI, DLav 49 I 186 s.).

Nè può avere importanza il fatto che il rapporto, anzi che da un contratto, continui a esser disciplinato da un regolamento. Nei casi in cui esista un contratto collettivo il regolamento non potrà infatti mai derogare a quest'ultimo, data la prevalenza giuridica a esso riconosciuta dall'ordinamento (Cass. 17.3.48 n. 417, in questa *Rivista* XXVII 1° 161, con nota favorevole di D'EUFEMIA, presso il quale v. anche richiami dottrinali, cui *adde* GIULIANO, GI 49 I 1, 672 s.). E dove il contratto collettivo manchi, in relazione al rapporto regolato la funzione giuridica del regolamento, data la trasformazione della natura del rapporto, non sarà diversa da quella del contratto di lavoro (cfr. JEMOLO, loc. cit.), con la conseguenza della impossibilità di applicare ai rapporti già costituiti le eventuali modifiche regolamentari non

concordate con gli impiegati (Cass. 31.1.48 n. 157, cit.). Come è stato esattamente osservato, con l'intervento dell'inquadramento sindacale, i regolamenti degli enti, « perdono necessariamente il loro carattere originario di espressione della volontà autoritaria, unilaterale dell'ente, e diventano una fonte sussidiaria e subordinata di disciplina del rapporto, ormai parificato al rapporto privato. Quei regolamenti infatti sussisteranno solo fino a quando il contratto collettivo non li modifichi, ed è quindi chiaro che, se la modificazione può avvenire col contratto collettivo, non è più la volontà dell'ente o il suo preteso potere di impero dal quale dipendono » (AZZARITI, FI 49 III 101).

5. - Il *punctum pruriens* del delicato argomento risiede indubbiamente nella difficoltà di vedere un ente pubblico non limitato nell'esercizio delle sue funzioni dall'insuperabile vincolo, comune alla generalità degli enti pubblici, di dover necessariamente operare in funzione dell'interesse collettivo — per cui, anche nelle sfere in ordine alle quali l'azione dell'ente non venga a imbattersi in diritti soggettivi altrui, essa si imbatte pur sempre in quegli interessi altrui che, coincidendo con l'interesse pubblico, l'ente deve necessariamente rispettare.

Si dice — e la decisione annotata riecheggia appunto l'obbiezione — : tale vincolo è connaturato all'essenza degli enti pubblici. E se ne vorrebbe ricavare la conseguenza che gli interessi dei privati che coincidono con l'interesse pubblico sarebbero necessariamente degli interessi legittimi, e che non potrebbe quindi a essi venir negata quella tutela giuridica che è propria di tali interessi.

Qui — se non vado errato — ricorre però un salto logico.

È indubbiamente esatta la premessa che gli enti pubblici non operano legittimamente se non lascino muovere la loro azione dall'interesse pubblico, e che questo quindi rappresenta la direttrice e il limite della loro azione legittima. Non è esatto però che, sempre che un interesse privato coincida con l'interesse pubblico, esso sia assistito da tutela giuridica. Condizione essenziale perchè ricorra una tutela giuridica è che a quell'interesse privato l'ordinamento riconosca rilevanza giuridica. Cosa che non sempre accade, e certamente non accade in quella sfera di rapporti entro cui la pubblica amministrazione operi nell'ambito del diritto privato. Nessuna qualifica ha, a es., il contraente con un ente pubblico a far valere la lesione derivata ai propri interessi in conseguenza del fatto che l'amministrazione non si sia attenuta alle direttive impartite dagli organi superiori, nel pretendere in un momento piuttosto che in un altro, o in una forma piuttosto che in un'altra, l'adempimento di una prestazione cui egli fosse tenuto, o abbia trattato in modo sperequato lui e un altro contraente. Nessuna qualifica in tal senso potrebbe avere, a es., l'assicurato che lamentasse che l'Istituto nazionale delle assicurazioni, nel trattare con lui, avesse applicato più rigorosamente che d'ordinario le norme regolamentari.

Se dunque è vero che la pubblica amministrazione è sempre tenuta a operare in funzione dell'interesse pubblico, e che, allorchè operi in contrasto con questo, opera illegittimamente, per modo che gli organi competenti al controllo hanno la possibilità di esercitare, in ordine al suo operato e ai suoi autori, tutti i poteri che l'ordinamento preveda per i casi di illegittimità — non sempre a chi abbia interesse al legittimo operare dell'amministrazione è dato far valere l'illegittimità in cui essa sia incorsa, perchè non sempre l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica all'interesse privato al riguardo.

Per un verso, perciò, il ritenere che, sol perchè l'amministrazione è tenuta a operare in conformità dell'interesse pubblico, ai terzi indirettamente interessati al rispetto di questo sia dato far valere in sede giurisdizionale la violazione di tale precetto, si risolve evidentemente in un salto logico. E, per altro verso, il negare che a un soggetto non sia riconosciuto un interesse legittimo al comportamento dell'amministrazione in conformità dell'interesse pubblico non implica minimamente che l'amministrazione non sia tenuta a comportarsi in conformità di quest'ultimo.

Ora, come più sopra si è cercato di dimostrare, il legislatore ha trasformato in un rapporto

di diritto privato il rapporto d'impiego presso gli enti pubblici inquadrati sindacalmente. Ciò ha avuto la conseguenza di trasformare in veri e propri diritti incondizionati quegli interessi degli impiegati di tali enti — che prima avevano il carattere di diritti condizionati o di interessi legittimi — corrispondenti a interessi degli impiegati privati che, avevano il carattere di veri e propri diritti (così, a es., l'interesse alla continuità e alla durata dell'impiego, l'interesse allo stato giuridico, l'interesse al rispetto delle garanzie disciplinari, l'interesse alla carriera, ecc.) ; e per contropartita ha avuto la conseguenza di degradare da interessi legittimi a interessi semplici quelli che i caratteri di questi ultimi avevano per gli impiegati privati (quale, a es., l'interesse a non esser trasferito da una sede a un'altra all'unico fine di favorire un altro impiegato desideroso di esser chiamato a coprire il posto prima coperto dall'impiegato trasferito).

Tale situazione è stata felicemente colta dallo JEMOLO, *op. cit.*, 749: « L'interesse semplice del dipendente (privato) a veder gerita l'azienda secondo le migliori regole, perseguito l'interesse dell'azienda e non il capriccio del proprietario, interesse che (presso gli enti pubblici invece) era assunto ad interesse legittimo per quelle stesse considerazioni che avevano fatto degradare il diritto a interesse legittimo (« in virtù della considerazione del bene preminente, che è la migliore organizzazione della pubblica Amministrazione »), ritorna (presso gli enti pubblici inquadrati sindacalmente) ad esser considerato e trattato quale interesse semplice ».

Di conseguenza, per dirla ancora con le parole dello JEMOLO, « l'impiegato dell'ente economico potrà presentare denuncie agli organi di vigilanza — ciò che non può l'impiegato privato che si ritenga licenziato senza una ragione plausibile —, ma non potrà esperire ricorsi giurisdizionali ». Egli non potrà far valere quindi in sede giurisdizionale — e precisamente innanzi al giudice ordinario —, se non le violazioni di diritti soggettivi, e mai la violazione di interessi legittimi, di cui non è titolare.

6. - Nè può minimamente valere, in favore della tesi dell'ammissibilità inderogabile del ricorso al Consiglio di Stato, invocare — come si fa nella decisione annotata (v. già LETTIERI, DLav 48 II 196 s. ; SPAGNUOLO-VIGORITA, *op. cit.*) — l'art. 113 della Costituzione, il quale fissa il principio secondo cui contro gli atti della pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. Una volta escluso infatti che gli impiegati degli enti pubblici inquadrati sindacalmente vantino degli interessi legittimi nei confronti degli enti ai quali appartengono, un richiamo a quella norma costituzionale appare del tutto fuori luogo.

Sul giudice competente a giudicare del diniego di visto di convenzione comunale illegittima*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1950, I, 1, col. 709-710

* *Nota* a Cass. 4 febbraio 1950, n. 293, *ibid.*, col. 708; la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI: 4 FEBBRAIO 1950 N. 293; PRES. PELLEGRINI P., EST. DI LIBERTI, P. M. EULA (CONCL. CONF.); SOC. EDILIZIA RICOSTRUZIONE (AVV.TI SELVAGGI, PARODI) C. SIRI, COMUNE DI GENOVA, PREFETTO DI GENOVA, E ALTRI (AVV.TI COMANDINI, BIANCHI, ROMANELLI, AUSONIO, DE BARBIERI, GREGO).

Incorre in difetto di giurisdizione, in quanto invade il campo dei diritti soggettivi, il Consiglio di Stato allorché annulli il visto prefettizio ad una convenzione tra un comune e un privato pel fatto che la convenzione stessa sia illegittima.

1. — Come già altra volta si è avuto occasione di rilevare sulle colonne di questo periodico (1949, I, 33), non sembra possibile contestare che, allorquando ci si imbatta in una potestà pubblica il cui esercizio sia disciplinato dall'ordinamento non in funzione dell'interesse dei singoli, ma in funzione dell'interesse generale, dovunque e comunque questa potestà venga ad interferire con posizioni giuridiche di altri soggetti, a queste non possa esser riconosciuta la qualifica di diritti soggettivi. Di fronte a una potestà di tal genere, e nell'ambito cui essa si estende, ogni altro soggetto viene a trovarsi infatti necessariamente in una situazione di soggezione: e la tutela degli interessi dei singoli non può essere che *occasionale* e *condizionata* alla tutela dell'interesse pubblico (v. anche i richiami dottrinali fatti *sub loc. cit.*). Ora, tale è appunto il caso in relazione al visto prefettizio apposto a una convenzione da cui nascono diritti soggettivi.

È fuori discussione che la potestà che si estrinseca nel visto è una potestà il cui esercizio è disciplinato in funzione dell'interesse generale, e non in funzione dell'interesse dei singoli. Ricorre cioè una situazione perfettamente analoga a quella, ampiamente studiata (v. da ultimo GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 300), del potere di annullamento di atti che abbiano, creato, o abbiano concorso a creare, diritti soggettivi privati.

Colui il quale viene ad esser toccato — favorevolmente o sfavorevolmente — nei suoi diritti dalla convenzione, non ha alcun diritto in ordine alla emanazione o alla non emanazione o alla legittima emanazione del visto, e cioè in ordine all'esercizio e al modo dell'esercizio del potere dell'autorità cui il visto compete: egli ha soltanto un interesse legittimo a che quel potere venga esercitato legittimamente. Di conseguenza una volta che si dolga della illegittima concessione del visto, egli non fa valere un diritto soggettivo, ma un interesse legittimo: e nulla importa a questo fine che, attraverso la tutela di tale interesse, venga indirettamente a presidiare un proprio diritto soggettivo. L'oggetto della sua domanda è infatti quell'interesse e non questo diritto (cfr. da ultimo FORTI, *L'oggetto della domanda e la discriminazione della competenza giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1947, III, 86).

Altrettanto avviene tutte le volte che il titolare di un diritto soggettivo (p. es., proprietà) fa valere il proprio interesse a che l'Amministrazione eserciti in modo legittimo il potere di sacrificare tale diritto (p. es., mediante espropriazione); eppure è certo che per tal modo egli faccia valere non un diritto, ma un interesse legittimo (cfr. da ultimo Cass., Sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657, est. Ferrara, *id.*, 1949, I, 926).

Queste le ragioni per cui sembra esatta la tesi della decisione cassata (pubblicata in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 274, e riassunta in *Foro it.*, Rep. 1948, voce *Comune*, n. 35), secondo la quale nella specie era questione di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo (nel senso della competenza del Consiglio di Stato in materia di rifiuto del visto dei contratti, v. già Cons. Stato, V Sez., 18 agosto 1936, *id.*, 1937, III, 20; nonchè la copiosa giuris-

prudenza citata dal RAGNISCO, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, II, 424).

2. — Sembra tuttavia che un'altra sia la ragione pregiudiziale per cui il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto a suo tempo pervenire all'esame del merito della controversia.

Come è noto, il visto è un semplice elemento di efficacia, e come gli altri elementi di efficacia ha carattere meramente confermativo e non determinante della forza operativa propria degli elementi costitutivi. È evidente quindi che la lesione di una situazione giuridica soggettiva non troverà mai negli elementi di efficacia la propria fonte, ma, se mai, soltanto la propria conferma. Ciò importa che in tanto un soggetto può avere interesse alla caducazione di un elemento di efficacia, in quanto abbia interesse al venir meno della operatività degli elementi costitutivi (SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 380); e importa ancora che non abbia ragione di impugnare un elemento di efficacia chi non si senta toccato dagli elementi costitutivi, la cui operatività quello sia venuto a determinare, e non faccia valere nei loro confronti i prescritti mezzi di caducazione.

Sembra da ritenere inoltre che la caducazione di un visto o di un'approvazione, pel solo fatto che l'atto al quale accedono sia illegittimo (e non avrebbe perciò meritato l'assenso dell'autorità di controllo), non possa esser sollecitata da chi sia qualificato a far valere direttamente l'illegittimità dell'atto soggetto al controllo. Inerisce all'economia del sistema che — data la funzione di operatività confermativa e non diretta che è propria dell'atto condizionante successivo — non possa contro questo esser sollevata doglianza a causa di un difetto proprio dell'anteriore atto condizionato, che si sarebbe potuto e non si sia fatto valere attraverso le istanze pertinenti. È verso quest'ultimo, e soltanto verso quest'ultimo, che — data la sua funzione direttamente determinante della modificazione giuridica — i mezzi riparatori offerti dall'ordinamento potevano e dovevano essere esercitati.

È questa, mi sembra, la ragione per cui il Consiglio di Stato avrebbe dovuto a suo tempo dichiarare inammissibile il ricorso contro il visto prefettizio ritenuto difettoso per aver consentito operatività a una convenzione illegittima.

Il non aver il Consiglio di Stato emesso allora una pronuncia di inammissibilità non importava tuttavia ricorribilità in Cassazione contro la sua decisione, e dichiarazione di difetto di giurisdizione.

Note in tema di provvedimenti amministrativi di noleggio coattivo e della competenza a giudicarne. Questioni in tema di discriminazione delle competenze fra giudice ordinario e giudice amministrativo*

Pubblicato in

Rivista di Diritto della Navigazione
Milano, 1952, pp. 162-179

* *Nota* a Cass. 9 giugno 1951, *ibid.*, p. 162;
le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE: 9 GIUGNO 1951; PRES. FERRARA, EST. OGGIONI; COMP. INT. DI GENOVA C. MINISTERI DELLA MARINA MERCANTILE E DELL'INDUSTRIA E COMMERCIO.

È demandata al giudice ordinario la tutela di un diritto soggettivo, che si assuma vulnerato dalla Amministrazione, per difetto del potere discrezionale di affievolirlo in interesse legittimo, occasionalmente o condizionatamente protetto; mentre è di competenza del giudice amministrativo il giudizio, non sull'esistenza bensì sull'esercizio, che si assuma non corretto, di un potere discrezionale dell'Amministrazione stessa.

Pertanto, il giudice ordinario è competente a provvedere sull'istanza, con la quale si assume che l'Amministrazione non aveva alcun potere per imporre, al di fuori della ipotesi di requisizione prevista dalla legge 13 luglio 1939, n. 1154, il noleggio di navi mercantili, se a questa imposizione si contrapponga il diritto di proprietà; né vale a spostare tale competenza l'eccezione di invalidità per eccesso di potere dell'atto amministrativo che la parte abbia avanzato in via subordinata per il caso di riconoscimento del potere discrezionale, salva naturalmente al giudice amministrativo la decisione sulla subordinata nel caso di riconoscimento del suddetto potere da parte del giudice ordinario.

La decisione sulla giurisdizione dipende dall'oggetto della pretesa dedotta in giudizio; ma, trattandosi di questione attinente al processo e non al merito, tale decisione che avviene in base alla domanda, indipendentemente dalla effettiva sussistenza del diritto vantato dall'attore, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto stesso.

I) *Note in tema di provvedimenti amministrativi di noleggio coattivo e della competenza a giudicarne*

1. Il decr. legge 28 aprile 1937, n. 707, attribuì al Ministero delle comunicazioni, in aggiunta ai suoi compiti istituzionali e agli altri compiti straordinari, l'eccezionale facoltà, limitata nel tempo sino alla fine di quell'anno, di noleggiare e gestire navi mercantili nazionali e di provvedere a operazioni di imbarco e sbarco di personale, materiale e provviste, sempre che tali attività si rendessero necessarie « per straordinarie esigenze di amministrazioni dello Stato », nonchè di organizzare i relativi servizi di vigilanza e controllo (art. 1). Il decreto stesso conferiva al Ministero delle comunicazioni la potestà di stabilire le condizioni di noleggio (art. 2), e gli consentiva espressamente di derogare, per le stipulazioni che autorizzava, ad alcune delle norme fondamentali, in materia di contratti, contenute nella legislazione sulla contabilità di Stato (art. 4).

Tali disposizioni vennero più volte prorogate, determinando, mediante altri provvedimenti legislativi, nuove scadenze a data fissa, finchè la legge 7 giugno 1942, n. 897, le prorogò fino a tre mesi dopo la dichiarazione di cessazione dello stato di guerra, e il decr. legisl. 31 maggio 1946, n. 616, le prorogò ulteriormente sino alla data in cui lo ritenesse necessario il Presidente del Consiglio dei ministri, d'intesa coi Ministri interessati.

Il decr. legisl. 7 giugno 1945, n. 372, concesse al Ministro per la marina analoghe facoltà di noleggio e subnoleggio di navi, al fine di « assicurare i rifornimenti occorrenti per l'assistenza e l'alimentazione della popolazione civile, nonchè la ripresa, l'esplicazione e lo sviluppo delle attività industriali, commerciali e agricole del Paese ».

Avendo l'Amministrazione della marina mercantile preteso, in base a tali disposizioni, di « noleggiare » *d'autorità* alcune navi, insorse la controversia che ha dato luogo alla sentenza che si annota. Su tale controversia venne dalla compagnia proprietaria delle navi chiamato a pronunciarsi dapprima il Consiglio di Stato — il quale si ritenne carente di giurisdizione (IV sez., 27 aprile 1949, n. 155, in questa *Rivista* 1950, II, 51) — e successivamente (in ordine alla questione di giurisdizione) la Corte di cassazione, la quale ha ritenuto invece (in ciò uniformandosi alla nota del MIELE alla decisione del Cons. di Stato, pubbl. in questa *Rivista*, *loc. cit* ; nel medesimo senso v. anche ALESSI, in nota alla sentenza della Cassaz. che qui si commenta, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 1°, 132) che il Consiglio di Stato avrebbe almeno competenza in ordine a quei motivi d'impugnativa con cui i ricorrenti lamentavano — oltre alla doglianza principale di carenza nell'Amministrazione di un potere del ge-

nere di quello esercitato — l'uso illegittimo del potere che l'Amministrazione aveva inteso attuare.

2. Nè l'uno nè l'altro giudice sono scesi a esaminare se dalle disposizioni da essa invocate (e sopra riferite) derivasse all'Amministrazione un potere di *noleggio coattivo*, quale quello che essa aveva preteso esercitare. Entrambi hanno infatti ritenuto che la competenza giurisdizionale in materia amministrativa vada determinata non sulla base del trattamento fatto dall'ordinamento alla situazione privata in ordine a cui sia lamentata la lesione, bensì sulla base della circostanza che colui che assume l'iniziativa del giudizio prospetti una doglianza di carenza di potere amministrativo, o semplicemente una doglianza di cattivo esercizio del potere amministrativo, e cioè a seconda che *lamenti* di essere stato leso in una situazione che egli configuri come diritto, o in una situazione che egli configuri come interesse.

In altra nota a commento della medesima sentenza della Cassazione (*infra*, pag. 166; e già in *Foro it.* 1952, I, 1703) ho cercato di dimostrare come tale punto di vista sia in contrasto col sistema che i creatori del vigente meccanismo della giustizia amministrativa italiana intesero instaurare. Tale meccanismo ha attribuito al giudice ordinario la competenza a decidere delle controversie che *abbiano per oggetto* dei diritti (art. 2 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), e a quello amministrativo la competenza a decidere delle controversie che *abbiano per oggetto* interessi (art. 26 t.u. 24 giugno 1924, n. 1054). È erroneo dunque discriminare le competenze, anzi che a seconda che *si agisca a tutela* di un diritto o di un interesse, a seconda che *si assuma di essere stati lesi* in un diritto o in un interesse (e cioè che si pretenda che la situazione giuridica di cui si afferma la lesione sia un diritto o un interesse).

Senza diffonderci nello svolgimento di argomentazioni esposte altrove, sarà peraltro opportuno sottolineare in questa sede che — anche a voler ragionare alla stregua dell'orientamento che si contrasta — non è possibile affermare — come ha fatto la sentenza annotata — che il giudice amministrativo, ove ritenga che il modo in cui il ricorrente proponga il ricorso implichi una doglianza di lesione di diritti — in quanto contesti *in nuce* ogni potere dell'Amministrazione in materia — debba ugualmente pronunciare sulle querele con cui quegli si faccia, inoltre, a lamentare il cattivo uso del potere che, pur essendone priva, l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare. Una tale conclusione implica infatti l'illogica proposizione che il giudice amministrativo, pur essendo legato al modo in cui il ricorrente proponga la doglianza, sia competente a pronunciare in quelle materie in cui lo stesso ricorrente lamenti la lesione di un diritto, sol che egli faccia valere, in aggiunta alla carenza del potere amministrativo, anche l'illegittimo uso del potere affermato inesistente: posizione certamente incongrua, in quanto la doglianza di inesistenza del potere assorbe ed esclude ogni doglianza circa il cattivo uso di esso.

3. Esclusa l'esattezza dell'impostazione data al problema dalla sentenza annotata, e ritenuto che per stabilire quale fosse il giudice competente essa avrebbe dovuto far capo non alle doglianze fatte valere, bensì alla consistenza data dall'ordinamento alle situazioni giuridiche in ordine a cui i ricorrenti lamentavano di essere stati lesi, ne sarebbe venuta la necessità di approfondire

se dalle disposizioni del decr. legge n. 707 del 1937 più volte prorogate, e da quelle del decr. legisl. 7 giugno 1945, n. 372, discendesse o meno un potere dell'Amministrazione di sottoporre il naviglio mercantile a *noleggio coattivo*. Soltanto attraverso tale indagine il giudice dei conflitti avrebbe potuto stabilire se la ricorrente avesse da far valere e facesse valere un semplice interesse legittimo (quello al buon uso del potere spettante all'Amministrazione di procedere al noleggio coattivamente) o invece un vero e proprio diritto (quello a non esser colpita in alcun modo mediante un provvedimento di tal fatta, non essendo da alcuna norma riconosciuto all'Amministrazione un potere del genere).

Tale indagine — che non è stata condotta — non avrebbe potuto portare che alla seconda conclusione. Le disposizioni sopra riferite — a differenza di quelle che consentivano la requisizione del naviglio mercantile (decr. legge 19 settembre 1935, n. 1836) — non accordavano infatti all'Amministrazione alcun potere di *coattivo spossessamento* delle navi; nè d'altra parte obbligavano in alcun modo i privati, i quali vantassero sulle navi diritti di proprietà o di godimento, a mettere le navi stesse a disposizione dell'Amministrazione a particolari condizioni (*prestazione coattiva*).

Come risulta chiaramente dal loro complesso, e sopra tutto dai loro ripetuti riferimenti alla disciplina e alla terminologia contrattuali, esse consentivano semplicemente all'Amministrazione della marina mercantile — in deroga alle norme relative alle funzioni istituzionali di essa — di stipulare contratti che le rendessero possibile l'utilizzazione di naviglio privato per determinati fini di interesse pubblico, per cui non ne era consentita la requisizione. Si trattava dunque di stipulazioni pienamente libere da entrambe le parti. L'unico elemento affidato alla determinazione ministeriale erano le condizioni di nolo. Ma anche tale potestà di determinazione non aveva alcuna possibilità di incidenza sui diritti privati, data la piena libertà dei privati di aderire al contratto e di sottoporsi quindi alle condizioni fissate dalle determinazioni ministeriali (le quali assolvevano quindi funzione di capitolato). L'esperienza ha anzi dimostrato che anche quella potestà ministeriale venne impiegata in modo tutt'altro che autoritario: il decr. min. 20 luglio 1946 aumentò, ad es., del 70 % i compensi di nolo a tempo in vigore al momento dell'armistizio.

D'altronde non autorizza a pensare a una potestà di noleggio coattivo l'art. 3 decr. legisl. 7 giugno 1945. n. 372, il quale attiene alla repressione penale della « inosservanza degli *ordini* impartiti dalle autorità competenti in relazione alla utilizzazione delle navi di cui all'art. 1 », e giunge a irrogare, in casi di rilevante gravità, in cui abbia avuto parte il proprietario della nave, la confisca di questa. Infatti tra gli *ordini* cui la norma in questione si riferisce, data la struttura puramente contrattuale riconosciuta dal decreto stesso e dal decreto n. 707 del 1937 ai noleggi stipulati dal Ministero della marina mercantile, non rientra certamente quello di dare in noleggio la nave, bensì rientrano unicamente quelli impartiti una volta che sia intervenuto il regolare *contratto* di noleggio.

Non sembra dubbio quindi che il preteso istituto del « noleggio coattivo » sia affatto estraneo alle disposizioni in questione. Il che comporta l'assoluta carenza di potere dell'Amministrazione di sacrificare mediante un istituto del genere i diritti privati sulle navi. Con la conseguente competenza del giudice

ordinario (e non di quello amministrativo) a giudicare in ordine ai casi in cui l'Amministrazione abbia preteso far uso di un tale potere inesistente.

II) *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*

1. - La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, che si annota, pur tanto lucida nella sua esposizione, e forse appunto perciò, rappresenta una chiara conferma delle gravi incertezze che ancora da noi, a quasi un secolo ormai dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, rendono aspro il terreno della discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo (vedasi al riguardo la lucida e acuta rassegna giurisprudenziale dovute al TORRENTE, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 249 segg.). Incertezze, le quali sollecitano vivamente a chiedersi se non convenga, per le questioni attinenti a tale materia — nella quale la certezza del diritto è esigenza imperiosa e primordiale — costituire in seno alla Corte di cassazione — cui l'art. 111 Cost. riserva la funzione di giudice dei conflitti di giurisdizione — un collegio giudicante specializzato.

2. - Si suole considerare *ius receptum*, tanto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, quanto in quella della Corte di cassazione, che « i criteri in base ai quali deve determinarsi la competenza del Consiglio di Stato rispetto a quella dei tribunali ordinari, nelle materie nelle quali detto Consiglio non ha competenza esclusiva, sono quello della domanda (*petitum*) e quello della natura della controversia (*causa petendi*), i quali criteri si integrano a vicenda e sono compresi nell'espressione della legge « oggetto della domanda » (« massima consolidata » n. 47, in *Foro it.*, Rep. 1948, voce *Competenza civile*, n. 36; cfr., da ultimo, Cass., Sez. un., 8 gennaio 1952, n. 12, *id.*, Mass., 4; Cons. Stato, VI Sez., 28 gennaio 1952, n. 26, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 97) Quello in tal modo espresso suole venir indicato come criterio del *petitum sostanziale* (v., da ultimo, la decisione del Cons. di Stato or ora citata). Con tale formula si vuole indicare che la discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo va determinata prendendo le mosse dall'*effettivo obietto dell'istanza* (cfr. LESSONA, *La giustizia amministrativa*, 2ª ed., Firenze 1946, pag. 107), e non dal *petitum formale* (domanda di annullamento dell'atto, condanna al risarcimento, ecc.).

La formula ebbe la sua consacrazione col superamento della crisi che si era venuta determinando in materia, or è un venticinquennio, allorchè aveva fatto la sua comparsa, anche in giurisprudenza, l'affermazione (già sostenuta in dottrina molto tempo prima) che la discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo trovasse la sua base nel *petitum formale* — con la conseguenza di poter far valere i diritti in sede giurisdizionale amministrativa (« come interessi ») — sol che si richiedesse, anzi che il risarcimento del danno, l'annullamento dell'atto (v. indicazioni in ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, II, 6ª ed., Milano 1948, pag. 154 segg.). Si trattava però di tesi in contrasto col nostro diritto positivo, il quale, con l'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e con l'art. 26 del t. u. sul Cons. di Stato,

aveva inteso far leva, ai fini della discriminazione delle competenze, sulla distinzione tra diritti e interessi, vale a dire sulla *causa petendi*, e non sul *petitum*: onde la stessa giurisprudenza, fin dal 1930, ebbe a farne definitivamente giustizia (Cons. di Stato, Ad. plen., 14 giugno 1930, *Foro it.*, 1930, III, 160; Cass., Sez. un., 15 luglio 1930, *ibid.*, I, 1146). Oggi è inequivoco al riguardo l'art. 103 Cost., il quale appunto riserva al Consiglio di Stato e agli « altri organi della giustizia amministrativa » la « giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica Amministrazione degli interessi legittimi ».

Dire che dal punto di vista dogmatico la formula secondo cui tanto la *causa petendi*, quanto il *petitum*, concorrerebbero a comporre il criterio discriminativo delle competenze giurisdizionali nel campo della giustizia amministrativa, sia la più soddisfacente, non è del tutto esatto. Più esatto è che, in base ai testi legislativi che reggono la materia, il criterio discriminativo va ricercato nella *causa petendi* (diritto, interesse) (cfr. Cons. Stato, IV Sez., 25 ottobre 1950, n. 518, *Foro it.*, 1950, III, 273), mentre il *petitum* viene in considerazione unicamente in ordine alla determinazione dei poteri che — nella sfera della propria rispettiva competenza — possono esser riconosciuti a ciascun giudice (cfr. l'art. 113, ult. comma, Cost.) (vedasi SANDULLI, *Man. dir. amm.*, Napoli 1952, pag. 445 segg.). Con la conseguenza che l'aver proposto a un giudice, in una materia di sua spettanza, la domanda di un provvedimento che esso non abbia la possibilità di emettere, non sarà causa di incompetenza, ma soltanto di deficienza del potere di provvedere nel senso richiesto. Il giudice adito in un caso del genere non dovrà perciò dichiararsi incompetente; ma dovrà limitarsi a non pronunciare nel senso richiesto: allo stesso modo, ad es., che, in applicazione dell'art. 2933 cod. civ., un giudice civile, richiesto dell'ordine di distruzione di uno stabilimento edificato in violazione di un obbligo di non fare, ma interessante l'economia nazionale, non si dichiarerà incompetente, ma si limiterà a disattendere la domanda, non rientrando nei suoi poteri una condanna del genere in relazione a beni di tale tipo.

3. - Rettificata in tal senso la formula che ormai a buon diritto può esser considerata tradizionale, e sottolineato quindi che il solo elemento di discriminazione delle competenze è la *causa petendi*, rimane però ancora da precisare che cosa debba intendersi allorchè si dice che la competenza spetta al giudice ordinario o a quello amministrativo a seconda che « si controverta di un diritto o di un interesse ». La recente giurisprudenza testimonia infatti, in modo estremamente significativo, delle incertezze che regnano a tal riguardo. E di tali incertezze è nuova testimonianza la sentenza che si annota.

Nella quale colpisce una grave affermazione: e cioè che, in base alla vigente regola di discriminazione delle competenze, soltanto il giudice ordinario, e non quindi quello amministrativo, sarebbe qualificato a pronunciare se in una certa materia esista o non un diritto soggettivo (vedasi anche ALESSI, in nota alla medesima sentenza, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 131). Se l'affermazione fosse esatta, ne deriverebbe — e la sentenza annotata si riferisce proprio a un caso del genere — che, ogni qual volta innanzi al giudice amministrativo venga proposta una questione in cui sia dubbio se si tratti di diritti o di interessi, quel giudice dovrebbe declinare la propria competenza, e lasciare che sulla questione si pronunci il giudice ordinario: il giudice amministrativo potrebbe pronunciare in materia soltanto dopo che quello ordinario abbia

escluso trattarsi di diritti soggettivi. Conseguenza estremamente grave, come si vede, e in contrasto col principio per cui ogni magistrato è prima di tutto giudice della propria competenza; salva naturalmente agli interessati la possibilità di promuovere il conflitto.

Ora, non è certo questo il significato della vigente regola di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Che soltanto il giudice ordinario abbia competenza allorchè si controverta di diritti, non significa che ad esso soltanto spetti stabilire se in una certa materia si controverta di diritti; ma significa unicamente che, allorquando sia stabilito che si controverta di diritti, la competenza a decidere della questione, che ha *a sua base* quei diritti, non può non esser sua. La competenza del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, non consiste infatti nel pronunciare se nei singoli casi vi sia o non vi sia un diritto, ma nell'emettere i provvedimenti rientranti nei suoi poteri (sentenze di accertamento o di condanna), in quei casi in cui si sia in presenza di diritti. Lo stabilire se la materia in controversia riguardi diritti o interessi rientra sempre — ai fini della determinazione delle rispettive competenze — nei poteri di ciascun giudice (ordinario o amministrativo), cui la questione venga proposta, salva la possibilità per gli interessati di non adattarsi alla sua pronuncia, e di elevare conflitto.

4. - Ma non è questa la sola precisazione che talune recenti deviazioni giurisprudenziali suggeriscono. Ve n'è un'altra, anch'essa molto importante.

È noto che ormai, in quella materia in cui sia riconosciuto alla pubblica Amministrazione il potere di interferire nella sfera dei privati, incidendo sui diritti di questi, la distinzione tra diritti e interessi è stata specificata nel senso che si è in presenza di veri e propri diritti, entro quel certo ambito in cui l'Amministrazione non abbia possibilità di incidenza; si è in presenza di meri interessi legittimi entro quel certo ambito in cui l'interessato, di fronte all'esercizio del potere di incidenza da parte dell'Amministrazione, non abbia altra possibilità che quella di far valere la propria pretesa a che esso si svolga in conformità delle regole poste dall'ordinamento (SANDULLI, in *Foro it.*, 1949, I, 33; VITTA, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 519; LESSONA, in *Foro it.*, 1951, I, 108). Con la conseguenza che la competenza a giudicare dei casi, nei quali non possa esser riconosciuta all'Amministrazione la possibilità di incidenza, non può esser negata al giudice ordinario; mentre la competenza a giudicare dei casi in cui si faccia valere l'illegittimità dell'uso del potere (che non può esser disconosciuto all'Amministrazione) è propria del giudice amministrativo.

Ora, non di rado la giurisprudenza, nel procedere in materia alla individuazione del giudice competente, anzi che far riferimento alla circostanza che nella singola specifica ipotesi *ricorra o meno il potere* dell'Amministrazione di incidere nella sfera privata, fa riferimento alla circostanza che l'interessato in concreto *si dolga* dell'aver l'Amministrazione operato non ostante la propria carenza di potere, ovvero facendo illegittimo uso del proprio potere (v., per es., Cass., Sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657, *Foro it.*, 1949, I, 926; 20 marzo 1950, n. 767, *id.*, 1951, I, 203, con nota di PALLOTTINO; 6 giugno 1950, n. 1423, *id.*, Rep. 1950, voce *Competenza civ.*, nn. 64-66; 8 gennaio 1952, n. 12, *id.*, Mass., 4; Cons. Stato, IV Sez., 20 aprile 1951, n. 272, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 1227; V Sez. 15 marzo 1952, n. 449, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 415).

È evidente che tale atteggiamento (giustamente criticato dal TORRENTE, *loc. cit.*). se non presenta pericoli in quei casi in cui la doglianza degli interessati sia fatta valere, in sede pertinente, a difesa di diritti o di interessi a essi riconosciuti dall'ordinamento rispettivamente come tali, è tuttavia pericoloso in quei casi in cui l'interessato si faccia a lamentare innanzi al giudice degli interessi il cattivo uso di poteri, i quali siano stati esercitati dall'Amministrazione invadendo l'altrui sfera d'azione. Il consentire all'interessato di rivolgersi al giudice degli interessi, ogni qual volta comunque egli si limiti a lamentare il cattivo uso del potere amministrativo, si risolverebbe infatti, in questi ultimi casi, nel consentirgli di scegliersi il giudice a seconda che, in conformità del proprio interesse, egli preferisca lamentare che l'Amministrazione abbia fatto uso di un potere a essa non spettante, o semplicemente che abbia fatto cattivo uso del potere (non importa se non spettantele) che abbia inteso esercitare (in tal senso, infatti, coerentemente con le sue premesse dogmatiche, in contrasto con gli orientamenti comunemente accettati, GUICCIARDI, in *Giur. it.*, 1940, III, 145; e 1951, III, 33). E cioè si risolverebbe nel far rivivere sotto altra forma — contro lo spirito della legge del 1865 e della riforma del 1889 — l'antico espediente escogitato, col caso Laurens, fin dal 1891 (Cass. Roma 24 giugno 1891, *Foro it.*, 1891, I, 961), e definitivamente battuto in breccia nel 1930, di far valere i diritti come interessi, onde fruire, a tutela di essi, dei vantaggi del giudizio amministrativo (v. n. 1).

È evidente invece che alla discriminazione delle competenze non si possa procedere sulla base della richiesta dell'istante — e cioè a seconda che questi intenda far valere la carenza del potere dell'Amministrazione, ovvero, senza sollevare tale questione, si limiti a dolersi del cattivo uso del potere che l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare —, bensì sulla base della posizione a lui *realmente* fatta dall'ordinamento: e cioè sulla base della circostanza che l'ordinamento neghi o consenta all'Amministrazione il potere di interferire nella sua sfera d'azione. Ove nessun potere sia attribuito al riguardo all'Amministrazione, anche se l'interessato si limiti a lamentare il cattivo uso del potere esercitato (e non lo contesti addirittura *in nuce*), non potrà certo dirsi che la controversia abbia per oggetto — ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, dell'art. 26 t. u. sul Cons. di Stato e dell'art. 103 Cost. — un interesse legittimo. Si tratterà cioè pur sempre, ai sensi di quelle disposizioni, di una questione relativa a diritti soggettivi, e perciò la competenza a giudicarne non potrà spettare che al giudice ordinario (è particolarmente chiara al riguardo la decisione del Cons. di Stato, IV Sez., 25 ottobre 1950, n. 518, *Foro it.*, 1950, III, 273; v., inoltre, Cass. 3 febbraio 1950, n. 277, *id.*, Rep. 1950, voce *Competenza civ.*, n. 68; Cons. di Stato, IV Sez., 17 giugno 1949, n. 213, *id.*, 1949, III, 145; V Sez., 22 aprile 1949, n. 286, *id.*, 1950, III, 48; 12 aprile 1950, n. 405, *id.*, 1951, III, 11, con nota di G. LANDI; VI Sez., 27 giugno 1949, n. 65, *id.*, 1950, III, 51, con osservazioni di A. SCIALOJA; Cons. giust. amm. Reg. sicil. 13 settembre 1951, n. 64, *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 1095; 26 aprile 1951, n. 49, *ibid.*, 450).

Correlativamente, qualora il ricorrente neghi nel giudizio amministrativo il potere dell'Amministrazione, il giudice, ove ritenga invece che il potere esista — e che quindi si controverta in materia di interessi legittimi, e non di diritti

soggettivi — non potrà declinare la propria competenza, ma o dovrà rigettare il ricorso nel merito, in caso di mancata allegazione o di infondatezza dei motivi attinenti a vizi relativi all'uso del potere — e cioè dei soli vizi suscettibili di incidere sugli interessi legittimi —, ovvero dovrà accogliere il ricorso, in caso di fondatezza dei motivi addotti dall'interessato e attinenti a vizi del genere (in tal senso v., per es., Cons. di Stato, IV Sez., 13 aprile 1951, nn. 248 e 249; 27 aprile 1951, n. 290, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 334 seg., 343).

5. - Un'altra questione assai delicata ha negli ultimi tempi agitato le già torbide acque dei limiti delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo: quella della possibilità che, successivamente a un atto amministrativo incidente nella sfera dei diritti soggettivi privati, l'interessato possa agire per far valere lesioni di interessi legittimi, rese attuali da quella incidenza, ma determinate da precedenti atti dell'Amministrazione, presupposti da quello destinato a incidere nella sfera dei diritti, e a esso preordinati.

La questione è diventata acuta in occasione delle frequenti controversie insorte in sede di applicazione dell'art. 10 decreto legisl. 29 marzo 1947, n. 177, il quale consente ai comuni di istituire imposte straordinarie destinate a colpire i così detti generi extra tariffa, e quelli di larga produzione locale. Tale norma — non diversamente da altre disposizioni di finanza locale (per es., art. 306 t. u. legge com. e prov. 1934; art. 15 decreto legge 15 aprile 1926, n. 765) — prevede una complessa procedura amministrativa per l'istituzione del tributo: procedura nella quale intervengono notevoli fattori di discrezionalità. Ciò ha dato luogo a frequenti contrasti circa la possibilità di far valere dinanzi al giudice amministrativo i vizi inerenti al cattivo uso del potere d'imposizione. Mentre da un lato non si è mancato di porre in risalto che, non potendo l'esercizio del potere discrezionale risolversi in altre lesioni che in quelle di interessi legittimi, ogni eventuale azione avverso lesioni da esso determinate non poteva aver luogo che in sede giurisdizionale amministrativa; dall'altro è stata ripetutamente negata ogni possibilità di una tutela del genere, sul presupposto che fin quando l'interessato non sia stato effettivamente colpito dall'imposizione, mancherebbe in lui qualsiasi interesse all'impugnativa, e, successivamente alla imposizione, egli, ormai leso in un diritto soggettivo, non potrebbe chiedere tutela se non al giudice ordinario.

La questione (sulla quale v. GRIZIOTTI, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1949, II, 39; FARINA, *ibid.* 1950, II, 236; M. S. GIANNINI, *ibid.* II, 249; VACCARO, in *Rass. dir. pubbl.* 1951, II, 4, 41; MIELE, in *Corr. amm.* 1952, 590, nonchè gli autori cit. più avanti) ha ormai trovato felice soluzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale, sulla scia della nota decisione della IV Sezione, 20 dicembre 1950, n. 610 (*Foro it.*, 1951, III, 27, con nota di richiami; tale decisione è stata annotata dal GUICCIARDI, in *Giur. it.*, 1951, III, 33; e dal PISCIONE, in *Foro amm.* 1951, I, 1, 156), può dirsi ormai consolidata nel senso che, se è esatto che l'eventuale cattivo uso del potere discrezionale in cui l'Amministrazione sia incorsa nella fase di determinazione del tributo non è in grado di incidere effettivamente su interessi legittimi dei sudditi prima della effettiva imposizione del tributo — per modo che, prima di tale momento, nessuno potrebbe avere un interesse a ricorrere avverso le commesse illegittimità — non di meno deve convenirsi che, una volta effettivamente colpito dalla imposizione del

tributo, l'esercizio del cui potere di determinazione da parte dell'Amministrazione abbia avuto luogo in modo illegittimo, il suddito dovrà, per tale illegittimità, dirsi leso in un interesse e non in un diritto, e quindi dovrà agire in sede giurisdizionale amministrativa (Ad. plen. 10 dicembre 1951, n. 10 e n. 13, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 1336 e 1347; V Sez. 15 marzo 1952, n. 449, *ibid.*, 415; conforme COLETTI, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 1279; *contra*, CHIOCA, in *Rass. Avv. Stato*, 1952, 41 segg.).

La circostanza che al momento in cui per la prima volta abbia la possibilità di far valere la lesione del proprio interesse legittimo, il privato sia ormai leso anche in un diritto soggettivo patrimoniale, a causa dell'obbligo fattogli dall'Amministrazione di un pagamento non dovuto, non può valere a escludere la necessità che egli per la tutela del proprio interesse legittimo agisca innanzi al giudice amministrativo. Non per ciò si viene a legittimare una doppia tutela, facendo valere innanzi a quest'ultimo giudice diritti in veste di interessi, e forzando i principî consolidati al riguardo ormai da oltre un ventennio. Se mai — come la menzionata giurisprudenza ha sottolineato — non di doppia tutela si tratta, ma di tutela concorrente, in quanto il diritto soggettivo di non pagare un tributo non dovuto è cosa ben distinta — per quanto conseguenziale — rispetto all'interesse legittimo a che l'Amministrazione non faccia cattivo uso del potere di introduzione di un nuovo tributo; e il fatto che nel corso di un procedimento amministrativo possano risultar lesi tanto diritti, quanto interessi legittimi, non significa che la tutela di questi debba venir sacrificata sull'altare della tutela di quelli.

Che le doglianze avverso il cattivo esercizio di un potere amministrativo destinato a ripercuotersi su diritti soggettivi debbano esser fatte valere innanzi al giudice degli interessi è principio ormai indiscusso (v. n. 3). Ed è connaturale all'applicazione di tale principio il fatto che la pronuncia del giudice degli interessi venga in tali casi necessariamente a riflettersi — in via di immediata conseguenzialità — su diritti soggettivi: l'annullamento del decreto di espropriazione importa il diritto dell'espropriato alla restituzione del fondo toltogli coattivamente; l'annullamento del visto di esecutorietà accordato a un contratto comunale fa perdere operatività al contratto, facendo venir meno i diritti derivanti da esso alle parti (sulla appartenenza di tali questioni alla competenza del giudice amministrativo, v. SANDULLI, in *Foro it.*, 1950, I, 709, in nota alla difforme sentenza della Cassazione, Sez. un., 4 febbraio 1950, n. 293; nonchè TORRENTE, *op. cit.*, pag. 253; sulla dibattuta questione v., anche per indicazioni, da ultimo, GUGLIELMI, in *Rass. Avv. Stato*, 1951, 61).

La circostanza che in ultima analisi l'azione innanzi al giudice amministrativo venga in casi del genere a ripercuotersi su diritti soggettivi non significa che essa si risolva in un'azione volta a far valere diritti come interessi. Può infatti dirsi principio sicuro che in tali casi — appunto perchè la definizione della situazione di diritto presuppone la preventiva soluzione di quella relativa alla legittimità dell'uso del potere amministrativo — il ricorso giurisdizionale amministrativo è presupposto indispensabile per far successivamente trionfare, in caso di insistenza dell'Amministrazione, i diritti soggettivi conseguenzialmente intaccati.

In nulla la situazione è diversa nei casi in cui la lesione del diritto intervenga in conseguenza di un atto che abbia a suo presupposto un procedimento nel quale sia stato fatto cattivo uso del potere discrezionale dell'Amministrazione.

E non vi è quindi ragione di non applicare anche in tale situazione i medesimi principî (per i vari atteggiamenti tenuti al riguardo dalla Corte regolatrice dei conflitti — i quali anche in questa materia appaiono finora tutt'altro che sicuri — vedasi la nota del CHECCA, cit.).

6. - La dottrina ha di recente dato una adeguata spiegazione dogmatica del fenomeno.

In un suo acuto studio il MIELE (*loc. cit.*) ha richiamato l'attenzione sul fatto che i vizi inerenti agli atti amministrativi presupposti dal provvedimento concretamente lesivo della sfera giuridica altrui, vengono a produrre l'invalidità derivata di quest'ultimo; e, siccome soltanto dal venire in vita di questo provvedimento possono nascere effettive lesioni di interessi, il soggetto leso non ha possibilità d'impugnativa, se non con la emanazione di esso e nei confronti di esso. Ora, egli precisa, anche allorquando il provvedimento stesso venga a incidere nella sfera patrimoniale altrui, e venga perciò a colpire diritti soggettivi, ove la lesione discenda dalla inosservanza di norme riguardanti atti presupposti, dalla cui violazione, in sè e per sè, non possa derivare la lesione di diritti soggettivi, ma soltanto quella di interessi legittimi, al soggetto leso — al quale, non può essere riconosciuta, per carenza d'interesse processuale, la possibilità d'impugnare immediatamente e direttamente i singoli atti presupposti — non potrà (a meno di rifiutargli arbitrariamente uno dei mezzi giuridici offerti dall'ordinamento a tutela dei privati nei confronti della pubblica Amministrazione) venir negata, al fine di far valere la violazione delle norme relative alla emanazione degli atti presupposti in questione, l'impugnativa, innanzi al giudice degli interessi, del provvedimento sul quale gli atti presupposti vennero a ripercuotersi, per i vizi ad esso derivati appunto da tali presupposti.

Modificando il pensiero altrove formulato (SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 370 seg.), ritengo che tale impostazione sia esatta. Mi sembra infatti si possa correttamente affermare che anche i presupposti, che non siano atti preparatori, non sono, in relazione agli effetti che si ripercuotono sull'atto che li presuppone, impugnabili *ex se*: in relazione a tali effetti, l'atto lesivo della sfera giuridica altrui è in realtà proprio e soltanto quest'ultimo atto. Nè ha importanza il fatto che gli atti presupposti, che non siano preparatori, essendo dotati di autonomia funzionale (a differenza dai meri atti preparatori, i quali vengono sempre emanati in stretta e immediata funzione di uno specifico atto finale), sono suscettibili, in relazione ad altri effetti, di impugnativa *ex se*.

È esatto dunque che il solo atto da impugnare innanzi al giudice degli interessi, una volta che si siano prodotti effetti lesivi della sfera giuridica altrui in conseguenza della emanazione di un provvedimento viziato in via derivata da difetti inerenti ai suoi presupposti, e incidenti nella sfera degli interessi legittimi e non in quella dei diritti soggettivi, non possa essere che quel provvedimento, senza possibilità e necessità di preventiva o contestuale impugnativa degli atti presupposti.

Questo è, del resto, l'unico modo per far salvi i principî del nostro ordinamento. L'ammissione di una impugnabilità *ex se*, e soltanto *ex se*, degli atti presupposti importerebbe infatti (in contrasto con l'art. 113 Cost.) la mancanza di ogni garanzia per il cittadino, in tutti i casi in cui l'interesse a sollevare doglianza nei confronti di essi — nascente, come si ripete, soltanto con la emanazione del provvedimento che li presuppone — si determini dopo lo scadere

dei rigorosi termini di impugnativa, che il nostro ordinamento lascia decorrere dal momento della conoscenza dei singoli atti (artt. 16 e 36 t. u. sul Cons. di Stato; art. 7 t. u. sulla Giunta prov. amm. in sede giurisdiz.). A meno che si ritenga che i termini d'impugnativa degli atti in questione decorrano dal momento della emanazione del provvedimento che li presuppone. Ma quest'ultimo orientamento (per quanto seducente) non appare, a ben riflettere, conciliabile con le norme (sopra ricordate) che fissano la decorrenza dei termini d'impugnativa degli atti amministrativi dal momento della conoscenza di essi da parte dei singoli (1).

L'ammettere che i difetti inerenti ad atti amministrativi non impugnabili *ex se* possano esser fatti valere in qualsiasi tempo, in occasione dell'impugnativa di provvedimenti successivi, sui quali l'invalidità di quelli sia venuta a ripercuotersi in via derivata, importa in questa materia notevoli analogie col fenomeno della disapplicazione degli atti amministrativi invalidi (art. 5 legge abol. contenz. amm.).

Con quest'ultimo però quello in esame non va confuso. Mentre nei casi in cui si fa luogo alla disapplicazione — casi che, innanzi ai giudici degli interessi, non possono essere se non quelli in cui, a differenza dai casi che in questa sede importano, l'indagine sulla validità dell'atto venga in questione in via meramente pregiudiziale (CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950, pag. 194 seg.) — l'atto di cui si tratta, una volta riscontrato invalido, viene considerato, ai fini della fattispecie in esame, come se non fosse mai stato posto in essere; nei casi invece, in cui venga in questione il vizio di un atto presupposto ai fini della caducazione del provvedimento che lo presuppone, la constatazione della difettosità del primo non importa la conseguenza che la fattispecie debba essere considerata come se questo non fosse mai stato posto in essere, ma importa soltanto che questo venga considerato invalido, e come tale invalidante — *per trasmissione* — l'atto che lo presuppone (un atto da disapplicare non potrebbe, per contro, mai trasmettere ad un altro un proprio difetto).

Peraltro l'invalidazione degli atti presupposti opera in modo molto analogo a quello in cui opera la disapplicazione. Nell'un caso, come nell'altro, non si determina infatti la caducazione dell'atto incriminato (di volta in volta atto presupposto, invalidante il provvedimento che lo presuppone; atto che viene in questione in via pregiudiziale, e che deve essere disapplicato). L'atto incriminato non forma del resto, nell'un caso come nell'altro, oggetto d'impugnativa. Esso rimane invece vivo e operante ad ogni altro effetto; ma risulta, rispettivamente, inoperante o invalidante in ordine alla specifica fattispecie di cui si tratta. Come l'atto disapplicato viene considerato inoperante solo in relazione al caso in questione, così, nelle ipotesi di invalidità trasmessa da vizi di atti presupposti, questi

(1) Impropriamente il MIELE (*op. cit.*, pag. 598 e seg.) ricorda in senso contrario quelle decisioni giurisprudenziali, le quali ritengono che i termini d'impugnativa degli atti, la cui invalidità sia venuta a conoscenza degli interessati soltanto in un momento successivo a quello della conoscenza della emanazione di essi, decorrano dall'apprendimento della causa di invalidità. Qui infatti non viene in questione un caso, *anomalo*, di decorso dei termini d'impugnativa dal momento, *tardivo*, del sorgere dell'interesse all'impugnativa, ma un caso, *normale*, di decorso dei termini dal momento in cui, nell'apprenderne l'invalidità, per la prima volta, l'interessato ha avuto piena conoscenza dell'atto nei suoi aspetti rilevanti ai fini dell'impugnabilità (v., al riguardo, SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., nota a pag. 232 seg.).

ultimi atti vengono considerati inficianti — e cioè vengono a ripercuotere gli effetti della propria invalidità — soltanto nei confronti dell'atto da essi invalidato in via derivata, in relazione al quale i difetti da essi trasmessi, siano stati fatti valere in sede di impugnativa.

Da quanto si è venuto chiarendo consegue, ad es., che l'annullamento di un atto applicativo di un regolamento illegittimo (il quale non sia per sè solo lesivo di interessi altrui) non presuppone anche l'impugnativa del regolamento, e l'annullamento di questo, ma semplicemente l'invalidazione di esso in ordine all'atto che lo applica: causa immediata della invalidazione in via derivata (e quindi dell'annullamento) dell'atto applicativo. Allo stesso modo, l'annullamento di un provvedimento di collocamento nella riserva, per sfollamento, di un ufficiale, adottato ai sensi del decreto legisl. 14 maggio 1946, n. 384, sul presupposto di illegittimi provvedimenti disciplinari non di stato (come tali non impugnabili *ex se*, essendo considerati atti interni), non presuppone l'impugnativa di questi ultimi, nè la caducazione di essi, ma soltanto la loro invalidazione in ordine al provvedimento di collocamento nella riserva, che ne è conseguenza — causa immediata della invalidazione in via derivata (e quindi dell'annullamento) di tale provvedimento.

Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1952, I, col. 1073-1080

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 9 giugno 1951 n. 1471, *ibid.*, col. 1073; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI: 9 GIUGNO 1951 N. 1471; PRES. FERRARA P.P., EST. OGGIONI, P. M. EULA (CONCL. DIFF.); COMPAGNIA INTERNAZIONALE DI GENOVA (AVV.TI PICCARDI, LEFEBVRE D'OVIDIO) C. MINISTERI DELLA MARINA MERCANTILE E DELL'INDUSTRIA E COMMERCIO (AVV. DELLO STATO GAMBINO).

È demandata al giudice ordinario la tutela di un diritto soggettivo, che si assuma vulnerato dalla Amministrazione, per difetto del potere discrezionale di affievolirlo in interesse legittimo, occasionalmente o condizionatamente protetto; mentre è di competenza del giudice amministrativo il giudizio, non sull'esistenza bensì sull'esercizio, che si assuma non corretto, di un potere discrezionale dell'Amministrazione stessa.

Pertanto, il giudice ordinario è competente a provvedere sull'istanza, con la quale si assume che l'Amministrazione non aveva alcun potere per imporre, al di fuori della ipotesi di requisizione prevista dalla legge 13 luglio 1939 n. 1154, il noleggio di navi mercantili, se a questa imposizione si contrapponga il diritto di proprietà; né vale a spostare tale competenza l'eccezione di invalidità per eccesso di potere dell'atto amministrativo che la parte abbia avanzato in via subordinata per il caso di riconoscimento del potere discrezionale, salva naturalmente al giudice amministrativo la decisione sulla subordinata nel caso di riconoscimento del suddetto potere da parte del giudice ordinario.

La decisione sulla giurisdizione dipende dall'oggetto della pretesa dedotta in giudizio; ma, trattandosi di questione attinente al processo e non al merito, tale decisione che avviene in base alla domanda, indipendentemente dalla effettiva sussistenza del diritto vantato dall'attore, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto stesso.

1. — La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, che si annota, pur tanto lucida nella sua esposizione, e forse appunto perciò, rappresenta una chiara conferma delle gravi incertezze che ancora da noi, a quasi un secolo o mai dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, rendono aspro il terreno della discriminazione delle competenze tra giudice odirnario e giudice amministrativo (vedasi al riguardo la lucida e, acuta rassegna giurisprudenziale dovuta al TORRENTE, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 249 segg.). Incertezze, le quali sollecitano vivamente a chiedersi se non convenga, per le questioni attinenti a tale materia — nella quale la certezza del diritto è esigenza imperiosa e primordiale — costituire in seno alla Corte di cassazione — cui l'art. 111 Cost. riserva la funzione di giudice dei conflitti di giurisdizione — un collegio giudicante specializzato.

2. — Si suole considerare *ius receptum*, tanto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, quanto in quella della Corte di cassazione, che « i criteri in base ai quali deve determinarsi la competenza del Consiglio di Stato rispetto a quella dei tribunali ordinari, nelle materie nelle quali detto Consiglio non ha competenza esclusiva, sono quello della domanda (*petitum*) e quello della natura della controversia (*causa petendi*), i quali criteri si integrano a vicenda e sono compresi nell'espressione della legge « oggetto della domanda » (« massima consolidata » n. 47, in *Foro it.*, Rep. 1948, voce *Competenza civile*, n. 36 ; cfr., da ultimo, Cass., Sez. un., 8 gennaio 1952, n. 12, *id.*, Mass., 4 ; Cons. Stato, VI Sez., 28 gennaio 1952, n. 26, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 97). Quello in tal modo espresso suole venir indicato come criterio del *petitum sostanziale* (v., da ultimo, la decisione del Cons. di Stato or ora citata). Con tale formula si vuole indicare che la discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo va determinata prendendo le mosse dall'*effettivo obietto dell'istanza* (cfr. LESSONA, *La giustizia amministrativa*, 2ª ed., Firenze, 1946, 107), e non dal *petitum formale* (domanda di annullamento dell'atto, condanna al risarcimento, ecc.).

La formula ebbe la sua consacrazione col superamento della crisi che si era venuta determinando in materia, or è un venticinquennio, allorchè aveva fatto la sua comparsa, anche in giurisprudenza, l'affermazione (già sostenuta in dottrina molto tempo prima) che la discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo trovasse la sua base nel *petitum*

formale — con la conseguenza di poter far valere i diritti in sede giurisdizionale amministrativa (« come interessi ») — sol che si richiedesse, anzi che il risarcimento del danno, l'annullamento dell'atto (v. indicazioni in ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, II, 6ª ed., Milano, 1948, 154 segg.). Si trattava però di tesi in contrasto col nostro diritto positivo, il quale, con l'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e con l'art. 26 del t. u. sul Cons. di Stato, aveva inteso far leva, ai fini della discriminazione delle competenze, sulla distinzione tra diritti e interessi, vale a dire sulla *causa petendi*, e non sul *petitum*: onde la stessa giurisprudenza, fin dal 1930, ebbe a farne definitivamente giustizia (Cons. di Stato, Ad. plen., 14 giugno 1930, *Foro it.*, 1930, III, 160; Cass., Sez. un., 15 luglio 1930, *ibid.*, I, 1146). Oggi è inequivoco al riguardo l'art. 103 Cost., il quale appunto riserva al Consiglio di Stato e agli « altri organi della giustizia amministrativa » la « giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica Amministrazione degli interessi legittimi ».

Dire che dal punto di vista dogmatico la formula secondo cui tanto la *causa petendi*, quanto il *petitum*, concorrerebbero a comporre il criterio discriminativo delle competenze giurisdizionali nel campo della giustizia amministrativa, sia la più soddisfacente, non è del tutto esatto. Più esatto è che, in base ai testi legislativi che reggono la materia, il criterio discriminativo va ricercato nella *causa petendi* (diritto, interesse) (cfr. Cons. Stato, IV Sez., 25 ottobre 1950, n. 518, *Foro it.*, 1950, III, 273), mentre il *petitum* viene in considerazione unicamente in ordine alla determinazione dei poteri che — nella sfera della propria rispettiva competenza — possono esser riconosciuti a ciascun giudice (cfr. l'art. 113, ult. comma, Cost.) (vedasi SANDULLI, *Man. dir. amm.*, Napoli, 1952, 445 segg). Con la conseguenza che l'aver proposto a un giudice, in una materia di sua spettanza, la domanda di un provvedimento che esso non abbia la possibilità di emettere, non sarà causa di incompetenza, ma soltanto di deficienza del potere di provvedere nel senso richiesto. Il giudice adito in un caso del genere non dovrà perciò dichiararsi incompetente; ma dovrà limitarsi a non pronunciare nel senso richiesto: allo stesso modo, ad es., che, in applicazione dell'art. 2933 cod. civ., un giudice civile, richiesto dell'ordine di distruzione di uno stabilimento edificato in violazione di un obbligo di non fare, ma interessante l'economia nazionale, non si dichiarerà incompetente, ma si limiterà a disattendere la domanda, non rientrando nei suoi poteri una condanna del genere in relazione a beni di tale tipo.

3. — Rettificata in tal senso la formula che ormai a buon diritto può esser considerata tradizionale, e sottolineato quindi che il solo elemento di discriminazione delle competenze è la *causa petendi*, rimane però ancora da precisare che cosa debba intendersi allorchè si dice che la competenza spetta al giudice ordinario o a quello amministrativo a seconda che « si controverta di un diritto o di un interesse ». La recente giurisprudenza testimonia infatti, in modo estremamente significativo, delle incer-

tezze che regnano a tal riguardo. E di tali incertezze è nuova testimonianza la sentenza che si annota.

Nella quale colpisce una grave affermazione: e cioè che, in base alla vigente regola di discriminazione delle competenze, soltanto il giudice ordinario, e non quindi quello amministrativo, sarebbe qualificato a pronunciare se in una certa materia esista o non un diritto soggettivo (vedasi anche ALESSI, in nota alla medesima sentenza, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 131). Se l'affermazione fosse esatta, ne deriverebbe — e la sentenza annotata si riferisce proprio a un caso del genere — che, ogni qual volta innanzi al giudice amministrativo venga proposta una questione in cui sia dubbio se si tratti di diritti o di interessi, quel giudice dovrebbe declinare la propria competenza, e lasciare che sulla questione si pronunci il giudice ordinario: il giudice amministrativo potrebbe pronunciare in materia soltanto dopo che quello ordinario (in tutti i suoi gradi!) abbia escluso trattarsi di diritti soggettivi. Conseguenza estremamente grave, come si vede, e in contrasto col principio per cui ogni magistrato è prima di tutto giudice della propria competenza; salva naturalmente agli interessati la possibilità di promuovere il conflitto.

Ora, non è certo questo il significato della vigente regola di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Che soltanto il giudice ordinario abbia competenza allorchè si controverta di diritti, non significa che ad esso soltanto spetti stabilire se in una certa materia si controverta di diritti; ma significa unicamente che, allorquando sia stabilito che si controverta di diritti, la competenza a decidere della questione, che ha *a sua base* quei diritti, non può non esser sua. La competenza del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, non consiste infatti nel pronunciare se nei singoli casi vi sia o non vi sia un diritto, ma nell'emettere i provvedimenti rientranti nei suoi poteri (sentenze di accertamento o di condanna), in quei casi in cui si sia in presenza di diritti. Lo stabilire se la materia in controversia riguardi diritti o interessi rientra sempre — ai fini della determinazione delle rispettive competenze — nei poteri di ciascun giudice (ordinario o amministrativo), cui la questione venga proposta (v., per es., espressamente, Cass. 20 aprile 1942, n. 1087, *Foro it.*, Rep. 1942, voce *Competenza civ.*, nn. 76, 77), salva la possibilità per gli interessati di non adattarsi alla sua pronuncia, e di elevare conflitto.

4. — Ma non è questa la sola precisazione che talune recenti deviazioni giurisprudenziali suggeriscono. Ve n'è un'altra, anch'essa molto importante.

È noto che ormai, in quelle materie in cui sia riconosciuto alla pubblica Amministrazione il potere di interferire nella sfera dei privati, incidendo sui diritti di questi, la distinzione tra diritti e interessi è stata specificata nel senso che si è in presenza di veri e propri diritti, entro quel certo ambito in cui l'Amministrazione non abbia possibilità di incidenza; si è in presenza

di meri interessi legittimi entro quel certo ambito in cui l'interessato, di fronte all'esercizio del potere di incidenza da parte dell'Amministrazione, non abbia altra possibilità che quella di far valere la propria pretesa a che esso si svolga in conformità delle regole poste dall'ordinamento (SANDULLI, in *Foro it.*, 1949, I, 33 ; VITTA, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 519 ; LESSONA, in *Foro it.*, 1951, I, 108). Con la conseguenza che la competenza a giudicare dei casi, nei quali non possa esser riconosciuta all'Amministrazione la possibilità di incidenza, non può esser negata al giudice ordinario ; mentre la competenza a giudicare dei casi in cui si faccia valere l'illegittimità dell'uso del potere (che non può esser disconosciuto all'Amministrazione) è propria del giudice amministrativo.

Ora, non di rado la giurisprudenza, nel procedere in materia alla individuazione del giudice competente, anzi che far riferimento alla circostanza che nella singola specifica ipotesi *ricorra o meno il potere* dell'Amministrazione di incidere nella sfera privata, fa riferimento alla circostanza che l'interessato in concreto *si dolga* dell'aver l'Amministrazione operato non ostante la propria carenza di potere, ovvero facendo illegittimo uso del proprio potere (v., per es., Cass., Sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657, *Foro it.*, 1949, I, 926 ; 20 marzo 1950, n. 767, *id.*, 1951, I, 203, con nota di PALLOTTINO ; 6 giugno 1950, n. 1423, *id.*, Rep. 1950, voce *Competenza civ.*, nn. 64-66 ; 8 gennaio 1952, n. 12, *id.*, Mass., 4 ; Cons. Stato, IV Sez., 20 aprile 1951, n. 272, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 1227 ; V Sez. 15 marzo 1952, n. 449, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 415).

È evidente che tale atteggiamento (giustamente criticato dal TORRENTE, *loc. cit.*), se non presenta pericoli in quei casi in cui la doglianza degli interessati sia fatta valere, in sede pertinente, a difesa di diritti o di interessi a essi riconosciuti dall'ordinamento rispettivamente come tali, è tuttavia pericoloso in quei casi in cui l'interessato si faccia a lamentare innanzi al giudice degli interessi il cattivo uso di poteri, i quali siano stati esercitati dall'Amministrazione invadendo l'altrui sfera d'azione. Il consentire all'interessato di rivolgersi al giudice degli interessi, ogni qual volta comunque egli si limiti a lamentare il cattivo uso del potere amministrativo, si risolverebbe infatti, in questi ultimi casi, nel consentirgli di scegliersi il giudice a seconda che, in conformità del proprio interesse, egli preferisca lamentare che l'Amministrazione abbia fatto uso di un potere a essa non spettante, o semplicemente che abbia fatto cattivo uso del potere (non importa se non spettantele) che abbia inteso esercitare (in tal senso, infatti, coerentemente con le sue premesse dogmatiche, in contrasto con gli orientamenti comunemente accettati, GUICCIARDI, in *Giur. it.*, 1949, III, 145 e 1951, III, 33). E cioè si risolverebbe nel far rivivere sotto altra forma — contro lo spirito della legge del 1865 e della riforma del 1889 — l'antico espediente escogitato, col caso Laurens, fin dal 1891 (Cass. Roma 24 giugno 1891, *Foro it.*, 1891, I, 961), e definitivamente battuto in breccia nel 1930, di far valere i diritti come interessi, onde fruire, a tutela di essi, dei vantaggi del giudizio amministrativo (v. n. 2).

È evidente invece che alla discriminazione delle competenze non si possa procedere sulla base della richiesta dell'istante — e cioè a seconda che questi intenda far valere la carenza del potere dell'Amministrazione, ovvero, senza sollevare tale questione, si limiti a dolersi del cattivo uso del potere che l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare — bensì sulla base della posizione a lui *realmente* fatta dall'ordinamento: e cioè sulla base della circostanza che l'ordinamento neghi o consenta all'Amministrazione il potere di interferire nella sua sfera d'azione. Ove nessun potere sia attribuito al riguardo all'Amministrazione, anche se l'interessato si limiti a lamentare il cattivo uso del potere esercitato (e non lo contesti addirittura *in nuce*), non potrà certo dirsi che la controversia abbia per oggetto — ai sensi degli art. 2 e 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, dell'art. 26 t. u. sul Cons. di Stato e dell'art. 103 Cost. — un interesse legittimo. Si tratterà cioè pur sempre, ai sensi di quelle disposizioni, di una questione relativa a diritti soggettivi, e perciò la competenza a giudicarne non potrà spettare che al giudice ordinario (è particolarmente chiara al riguardo la decisione del Cons. di Stato, IV Sez., 25 ottobre 1950, n. 518, *Foro it.*, 1950, III, 273; v., inoltre, Cass. 3 febbraio 1950, n. 277, *id.* Rep. 1950, voce *Competenza civ.*, n. 68; Cons. di Stato, IV Sez., 17 giugno 1949, n. 213, *id.*, 1949, III, 145; V Sez., 22 aprile 1949, n. 286, *id.*, 1950, III, 48; 12 aprile 1950, n. 405. *id.*, 1951, III, 11, con nota di G. LANDI; VI Sez., 27 giugno 1949, n. 65, *id.*, 1950, III, 51, con osservazioni di A. SCIALOJA; Cons. giust. amm. Reg. sicil. 13 settembre 1951, n. 64, *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 1095; 26 aprile 1951, n. 49, *ibid.*, 450).

Correlativamente, qualora il ricorrente neghi nel giudizio amministrativo il potere dell'Amministrazione, il giudice, ove ritenga invece che il potere esista — e che quindi si controverta in materia di interessi legittimi, e non di diritti soggettivi — non potrà declinare la propria competenza, ma o dovrà rigettare il ricorso nel merito, in caso di mancata allegazione o di infondatezza dei motivi attinenti a vizi relativi all'uso del potere — e cioè dei soli vizi suscettibili di incidere sugli interessi legittimi — ovvero dovrà accogliere il ricorso, in caso di fondatezza dei motivi addotti dall'interessato e attinenti a vizi del genere (in tal senso v., per es., Cons. di Stato, IV Sez., 13 aprile 1951, nn. 248 e 249; 27 aprile 1951, n. 290, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 334 seg., 343).

5. — Un'altra questione assai delicata ha negli ultimi tempi agitato le già torbide acque dei limiti delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo: quella della possibilità che, successivamente a un atto amministrativo incidente nella sfera dei diritti soggettivi privati, l'interessato possa agire per far valere lesioni di interessi legittimi, rese attuali da quella incidenza, ma determinate da precedenti atti dell'Amministrazione, presupposti da quello destinato a incidere nella sfera dei diritti, e a esso preordinati.

La questione è diventata acuta in occasione delle frequenti controversie insorte in sede di applicazione dell'art. 10 decreto legisl. 29 marzo 1947 n. 177, il quale consente ai comuni di istituire

imposte straordinarie destinate a colpire i così detti generi extra tariffa, e quelli di larga produzione locale. Tale norma — non diversamente da altre disposizioni di finanza locale (per es., art. 306 t. u. legge com. e prov. 1934 ; art. 15 decreto legge 15 aprile 1926 n. 765) — prevede una complessa procedura amministrativa per l'istituzione del tributo : procedura nella quale intervengono notevoli fattori di discrezionalità. Ciò ha dato luogo a frequenti contrasti circa la possibilità di far valere dinanzi al giudice amministrativo i vizi inerenti al cattivo uso del potere d'imposizione. Mentre da un lato non si è mancato di porre in risalto che, non potendo l'esercizio del potere discrezionale risolversi in altre lesioni che in quelle di interessi legittimi, ogni eventuale azione avverso lesioni da esso determinate non poteva aver luogo che in sede giurisdizionale amministrativa ; dall'altro è stata ripetutamente negata ogni possibilità di una tutela del genere, sul presupposto che fin quando l'interessato non sia stato effettivamente colpito dall'imposizione, mancherebbe in lui qualsiasi interesse all'impugnativa, e, successivamente all'imposizione, egli, ormai leso in un diritto soggettivo, non potrebbe chiedere tutela se non al giudice ordinario.

La questione (sulla quale v. GRIZIOTTI, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1949, II, 39 ; FARINA, *ibid.*, 1950, II, 236 ; M. S. GIANNINI, *ibid.*, II, 249 ; VACCARO, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, II, 4, 41 ; MIELE, in *Corr. amm.*, 1952, 590, nonchè gli autori cit. più avanti) ha ormai trovato felice soluzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale, sulla scia della nota decisione della IV Sezione 20 dicembre 1950, n. 619 (*Foro it.*, 1951, III, 27, con nota di richiami ; tale decisione è stata annotata dal GUICCIARDI, in *Giur. it.*, 1951, III, 33 ; e dal PISCIONE, in *Foro amm.*, 1951, I, 1, 156), può dirsi consolidata nel senso che, se è esatto che l'eventuale cattivo uso del potere discrezionale in cui l'Amministrazione sia incorsa nella fase di determinazione del tributo non è in grado di incidere effettivamente su interessi legittimi dei sudditi prima della concreta imposizione del tributo — per modo che, prima di tale momento, nessuno potrebbe avere un interesse a ricorrere avverso le commesse illegittimità — non di meno deve convenirsi che, una volta effettivamente colpito dalla imposizione del tributo, l'esercizio del cui potere di determinazione da parte dell'Amministrazione abbia avuto luogo in modo illegittimo, il suddito dovrà, per tale illegittimità, dirsi leso in un interesse e non in un diritto, e quindi dovrà agire in sede giurisdizionale amministrativa (Ad. plen. 10 dicembre 1951, n. 10 e n. 13, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 1336 e 1347 ; V Sez. 15 marzo 1952, n. 449, *ibid.*, 415 ; conforme COLETTI, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, 1279 ; *contra*, CHICCA, in *Rass. Avv. Stato*, 1952, 41 segg.).

La circostanza che al momento in cui per la prima volta abbia la possibilità di far valere la lesione del proprio interesse legittimo, il privato sia ormai leso anche in un diritto soggettivo patrimoniale, a causa dell'obbligo fattogli dall'Amministrazione di un pagamento non dovuto, non può valere a escludere la necessità che egli per la tutela del proprio interesse legittimo agisca innanzi

al giudice amministrativo. Non per ciò si viene a legittimare una doppia tutela, facendo valere innanzi a quest'ultimo giudice diritti in veste di interessi, e forzando i principî consolidati al riguardo ormai da oltre un ventennio. Se mai — come la menzionata giurisprudenza ha sottolineato — non di doppia tutela si tratta, ma di tutela concorrente, in quanto il diritto soggettivo di non pagare un tributo non dovuto è cosa ben distinta — per quanto conseguenziale — rispetto all'interesse legittimo a che l'Amministrazione non faccia cattivo uso del potere di introduzione di un nuovo tributo; e il fatto che nel corso di un procedimento amministrativo possano risultar lesi tanto diritti, quanto interessi legittimi, non significa che la tutela di questi debba venir sacrificata sull'altare della tutela di quelli.

Che le doglianze avverso il cattivo esercizio di un potere amministrativo destinato a ripercuotersi su diritti soggettivi debbano esser fatte valere innanzi al giudice degli interessi è principio ormai indiscusso (v. n. 4). Ed è connaturale all'applicazione di tale principio il fatto che la pronuncia del giudice degli interessi venga in tali casi necessariamente a riflettersi — in via di immediata conseguenzialità — su diritti soggettivi: l'annullamento del decreto di espropriazione importa il diritto dell'espropriato alla restituzione del fondo toltogli coattivamente; l'annullamento del visto di esecutorietà accordato a un contratto comunale fa perdere operatività al contratto, facendo venir meno i diritti derivanti da esso alle parti; e ugualmente viene a incidere sul contratto l'annullamento degli atti preordinati alla sua stipulazione (sulla appartenenza di tali questioni alla competenza del giudice amministrativo, v. SANDULLI, in *Foro it.*, 1950, I, 709, in nota alla difforme sentenza della Cassazione, Sez. un., 4 febbraio 1950, n. 293; nonchè TORRENTE, *op. cit.*, 253; sulla dibattuta questione v., anche per indicazioni, da ultimo, GUGLIELMI, in *Rass. Avv. Stato*, 1951, 61; in giurisprudenza v., da ultimo, Cons. Stato, IV Sez., 23 ottobre 1951, n. 659, *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 1152).

La circostanza che in ultima analisi l'azione innanzi al giudice amministrativo venga in casi del genere a ripercuotersi su diritti soggettivi non significa che essa si risolva in un'azione volta a far valere diritti come interessi. Può infatti dirsi principio sicuro che in tali casi — appunto perchè la definizione della situazione di diritto presuppone la preventiva soluzione di quella relativa alla legittimità dell'uso del potere amministrativo — il ricorso giurisdizionale amministrativo è presupposto indispensabile per far successivamente trionfare, in caso di resistenza dell'Amministrazione, i diritti soggettivi conseguenzialmente intaccati.

In nulla la situazione è diversa nei casi in cui la lesione del diritto intervenga in conseguenza di un atto che abbia a suo presupposto un procedimento nel quale sia stato fatto cattivo uso del potere discrezionale dell'Amministrazione. E non vi è quindi ragione di non applicare anche in tale situazione i medesimi principî (per i vari atteggiamenti tenuti al riguardo dalla Corte regolatrice dei conflitti — i quali anche in questa materia appaiono finora tutt'altro che sicuri — vedasi la nota del CHICCA, cit.).

6. — La dottrina ha di recente dato una adeguata spiegazione dogmatica del fenomeno.

In un suo acuto studio il MIELE (*loc. cit.*) ha richiamato l'attenzione sul fatto che i vizi inerenti agli atti amministrativi presupposti dal provvedimento concretamente lesivo della sfera giuridica altrui vengono a produrre l'invalidità derivata di quest'ultimo; e, siccome soltanto dal venire in vita di questo provvedimento possono nascere effettive lesioni di interessi, il soggetto leso non ha possibilità d'impugnativa, se non con la emanazione di esso e nei confronti di esso. Ora, egli precisa, anche allorquando il provvedimento stesso venga a incidere nella sfera patrimoniale altrui, e venga perciò a colpire diritti soggettivi, ove la lesione discenda dalla inosservanza di norme riguardanti atti presupposti, dalla cui violazione, in sè e per sè, non possa derivare la lesione di diritti soggettivi, ma soltanto quella di interessi legittimi, al soggetto leso — al quale, non può esser riconosciuta, per carenza d'interesse processuale, la possibilità d'impugnare immediatamente e direttamente i singoli atti presupposti — non potrà (a meno di rifiutargli arbitrariamente uno dei mezzi giuridici offerti dall'ordinamento a tutela dei privati nei confronti della pubblica Amministrazione) venir negata, al fine di far valere la violazione delle norme relative alla emanazione degli atti presupposti in questione, l'impugnativa, innanzi al giudice degli interessi, del provvedimento sul quale gli atti presupposti vennero a ripercuotersi, per i vizi ad esso derivati appunto da tali presupposti.

Modificando il pensiero altrove formulato (SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 370 seg.), ritengo che tale impostazione sia esatta. Mi sembra infatti si possa correttamente affermare che anche i presupposti, che non siano atti preparatori, non sono, in relazione agli effetti che si ripercuotono sull'atto che li presuppone, impugnabili *ex se*: in relazione a tali effetti, l'atto lesivo della sfera giuridica altrui è in realtà proprio e soltanto quest'ultimo atto. Nè ha importanza il fatto che gli atti presupposti, che non siano preparatori, essendo dotati di autonomia funzionale (a differenza dai meri atti preparatori, i quali vengono sempre emanati in stretta e immediata funzione di uno specifico atto finale), sono suscettibili, in relazione ad altri effetti, di impugnativa *ex se*.

È esatto dunque che il solo atto da impugnare innanzi al giudice degli interessi, una volta che si siano prodotti effetti lesivi della sfera giuridica altrui in conseguenza della emanazione di un provvedimento viziato in via derivata da difetti inerenti ai suoi presupposti, e incidenti nella sfera degli interessi legittimi e non in quella dei diritti soggettivi, non possa essere che quel provvedimento, senza possibilità e necessità di preventiva o contestuale impugnativa degli atti presupposti.

Questo è, del resto, l'unico modo per far salvi i principî del nostro ordinamento. L'ammissione di una impugnabilità *ex se*, e soltanto *ex se*, degli atti presupposti importerebbe infatti (in contrasto con l'art. 113 Cost.) la mancanza di ogni garanzia per

il cittadino, in tutti i casi in cui l'interesse a sollevar doglianza nei confronti di essi — nascente, come si ripete, soltanto con la emanazione del provvedimento che li presuppone — si determini dopo lo scadere dei rigorosi termini di impugnativa, che il nostro ordinamento lascia decorrere dal momento della conoscenza dei singoli atti (art. 16 e 36 t. u. sul Cons. di Stato; art. 7 t. u. sulla giunta prov. amm. in sede giurisdiz.). A meno che si ritenga che i termini d'impugnativa degli atti in questione decorrano dal momento in cui in questi soggetti sorga l'interesse all'impugnativa, e cioè dal momento della emanazione del provvedimento che li presuppone. Ma quest'ultimo orientamento (per quanto seducente) non appare, a ben riflettere, conciliabile con le norme (sopra ricordate) che fissano la decorrenza dei termini d'impugnativa degli atti amministrativi dal momento della conoscenza di essi da parte dei singoli (1).

L'ammettere che i difetti inerenti ad atti amministrativi non impugnabili *ex se* possano esser fatti valere in qualsiasi tempo, in occasione dell'impugnativa di provvedimenti successivi, sui quali l'invalidità di quelli sia venuta a ripercuotersi in via derivata, importa in questa materia notevoli analogie col fenomeno della disapplicazione degli atti amministrativi invalidi (art. 5 legge abol. contenz. amm.).

Con quest'ultimo però quello in esame non va confuso. Mentre nei casi in cui si fa luogo alla disapplicazione — casi che, innanzi ai giudici degli interessi, non possono essere se non quelli in cui, a differenza dai casi che in questa sede importano, l'indagine sulla validità dell'atto, venga in questione in via meramente pregiudiziale (CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 194 seg.) — l'atto di cui si tratta, una volta riscontrato invalido, viene considerato, ai fini della fattispecie in esame, come se non fosse mai stato posto in es-

(1) Impropriamente il MIELE (*op. cit.*, 598 seg.) ricorda in senso contrario quelle decisioni giurisprudenziali, le quali ritengono che i termini d'impugnativa degli atti, la cui invalidità sia venuta a conoscenza degli interessati soltanto in un momento successivo a quello della conoscenza della emanazione di essi, decorrano dall'apprendimento della causa di invalidità. Qui infatti non viene in questione un caso, *anomalo*, di decorso dei termini d'impugnativa dal momento, *tardivo*, del sorgere dell'interesse all'impugnativa, ma un caso, *normale*, di decorso dei termini dal momento in cui, nell'apprenderne l'invalidità, per la prima volta, l'interessato ha avuto piena conoscenza dell'atto nei suoi aspetti rilevanti ai fini dell'impugnabilità (v., al riguardo, SANDULLI, *Il proc. amm.*, cit., nota a pag. 232 seg.). Un esempio più proprio è invece quello fornito da una recente decisione del Cons. giust. amm. Reg. sic. (29 aprile 1952, n. 58, *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 626), nella quale è stata ammessa la possibilità di impugnativa tardiva di una norma regolamentare, allorchè l'interesse all'impugnativa era sorto soltanto in un secondo momento, in conseguenza dell'annullamento in sede giurisdizionale di altra norma dello stesso regolamento. Sembra però che più correttamente in un caso del genere si sarebbe dovuto ammettere non l'impugnativa della norma regolamentare, bensì quella del rifiuto di abrogazione della stessa (vedasi LESSONA, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 289 segg.).

sere ; nei casi invece, in cui venga in questione il vizio di un atto presupposto ai fini della caducazione del provvedimento che lo presuppone, la constatazione della difettosità del primo non importa la conseguenza che la fattispecie debba esser considerata come se questo non fosse mai stato posto in essere, ma importa soltanto che questo venga considerato invalido, e come tale invalidante — *per trasmissione* — l'atto che lo presuppone (un atto da disapplicare non potrebbe, per contro, mai trasmettere ad un altro un proprio difetto).

Peraltro l'invalidazione degli atti presupposti opera in modo molto analogo a quello in cui opera la disapplicazione. Nell'un caso, come nell'altro, non si determina infatti la caducazione dell'atto incriminato (di volta in volta atto presupposto, invalidante il provvedimento che lo presuppone ; atto che viene in questione in via pregiudiziale, e che deve esser disapplicato). L'atto incriminato non forma del resto, nell'un caso come nell'altro, oggetto d'impugnativa. Esso rimane invece vivo e operante ad ogni altro effetto ; ma risulta, rispettivamente, inoperante o invalidante in ordine alla specifica fattispecie di cui si tratta. Come l'atto disapplicato viene considerato inoperante solo in relazione al caso in questione, così, nelle ipotesi di invalidità trasmessa da vizi di atti presupposti, questi ultimi atti vengono considerati inficianti — e cioè vengono a ripercuotere gli effetti della propria invalidità — soltanto nei confronti dell'atto da essi invalidato in via derivata, in relazione al quale i difetti da essi trasmessi, siano stati fatti valere in sede di impugnativa.

Da quanto si è venuto chiarendo consegue, ad es., che l'annullamento di un atto applicativo di un regolamento illegittimo (il quale non sia per sè solo lesivo di interessi altrui) non presuppone anche l'impugnativa del regolamento, e l'annullamento di questo, ma semplicemente l'invalidazione di esso in ordine all'atto che lo applica — causa immediata della invalidazione in via derivata (e quindi dell'annullamento) dell'atto applicativo. Allo stesso modo, l'annullamento di un provvedimento di collocamento nella riserva, per sfollamento, di un ufficiale, adottato ai sensi del decreto legisl. 14 maggio 1946 n. 384, sul presupposto di illegittimi provvedimenti disciplinari non di stato (come tali non impugnabili *ex se*, essendo considerati atti interni), non presuppone l'impugnativa di questi ultimi, nè la caducazione di essi, ma soltanto la loro invalidazione in ordine al provvedimento di collocamento nella riserva, che ne è conseguenza — causa immediata della invalidazione in via derivata (e quindi dell'annullamento) di tale provvedimento.

Occupazione d'urgenza fuori delle ipotesi di legge e competenza a giudicarne*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1953, I, col. 1193-1196

* *Nota* a Tribunale di Melfi, 30 marzo 1953, *ibid.*, col. 1193; la massima è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI MELFI: 30 MARZO 1953; PRES. ED EST. SILVESTRI; LOPES E ALTRI (AVV.TI LOPES, LORDI) C. COMUNE DI ATELLA (AVV. VITA).

È di competenza del giudice ordinario pronunciare su una occupazione d'urgenza di una strada privata disposta al fine di evitare il perturbamento dell'ordine pubblico e il grave disagio e pericolo degli abitanti del luogo.

1. — Dalla sentenza non risulta chiaro se il provvedimento di « occupazione d'urgenza » pronunciato dal Commissario prefettizio di Atella invocasse o non, espressamente, l'art. 71 della legge sulle espropriazioni.

A seguire il Tribunale — il quale tuttavia muove dalla premessa che nella specie ricorresse un caso di occupazione di urgenza ex art. 71 — la conclusione della sentenza, la quale ha ritenuto la competenza del giudice ordinario, non pare esatta.

È fuori dubbio che l'ordinanza del Commissario prefettizio di Atella contenesse tutta una collezione di vizi di legittimità. Non vi mancava infatti nè l'incompetenza (non ricorreva quell'assoluta urgenza, che sola autorizza, ai sensi dell'art. 71, il capo del comune a sostituirsi al prefetto nel disporre l'occupazione nei casi tanto impellenti « da non consentire nemmeno l'indugio richiesto per fare avvertire il prefetto ed attenderne il provvedimento ») ; nè la violazione di legge (le occupazioni d'urgenza previste dall'art. 71 sono preordinate alla esecuzione di opere, e presuppongono la sottrazione del bene al legittimo detentore, mentre nella specie si trattava semplicemente di costituire temporaneamente un diritto di uso pubblico su un bene destinato a esser conservato com'era), e nemmeno mancava l'eccesso di potere (non è consentita un'occupazione d'urgenza ex art. 71 per sedare pericoli di turbamento dell'ordine pubblico).

Non sembra peraltro conforme ai principî generali e ai presupposti da cui muove il Tribunale, l'esclusione della competenza del giudice amministrativo.

Ormai è consolidata, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la regola — fatta propria dalla sentenza annotata — secondo cui la discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo va compiuta, nelle materie in cui vengano in questione diritti soggettivi, sulla base del fatto che l'ordinamento riconosca o non all'Amministrazione il potere che essa abbia preteso di esercitare in ordine al diritto che con l'atto posto in essere sia venuta a toccare (v. indicazioni in SANDULLI, *Questioni in tema di discriminazione delle competenze fra giud. ord. e giud. amm.*, in *Foro it.*, 1952, I, 1075). Quando si parla di esistenza o di deficienza del potere, occorre però aver riguardo non al fatto che a quella determinata autorità, che nel caso specifico abbia

operato, sia attribuita dall'ordinamento la relativa potestà. La distribuzione delle sfere di attribuzioni (competenza) fra le varie autorità *di una medesima pubblica Amministrazione* non attiene infatti all'esistenza del *potere di quella Amministrazione*, bensì semplicemente al modo di esercitare tale potere: con la conseguenza che la violazione delle relative norme (vizio di incompetenza) non può dar luogo ad altra giurisdizione, che a quella del giudice amministrativo. Perchè l'esercizio del potere da parte di un'autorità piuttosto che di un'altra possa dar luogo alla giurisdizione del giudice ordinario, occorre che l'autorità che ha agito appartenga non alla pubblica Amministrazione cui il potere sia riconosciuto dall'ordinamento, ma addirittura a un'Amministrazione diversa (e cioè, p. es., al comune invece che allo Stato, e viceversa). Altrettanto all'esercizio del potere, e non alla presenza di esso presso l'Amministrazione che lo abbia esercitato, ineriscono le prescrizioni relative alla forma, al procedimento, ai motivi dell'atto (SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, 32 seg.).

Ove dunque l'atto venga illegittimamente posto in essere come l'« occupazione » disposta dal Commissario prefettizio di Atella — per una finalità diversa da quella per cui l'ordinamento accordò all'Amministrazione il relativo potere (per prevenire, come nel caso in esame, pubblici disordini, anzi che per eseguire opere improrogabili), o venga adottato senza attenersi alla procedura o alla forma prescritti (salvo che si tratti di forma prescritta *ad substantiam*, nel qual caso l'atto sarà inesistente: cfr. SANDULLI, *In tema di forma degli atti amministrativi e di competenza a giudicare degli atti posti in essere in forma diversa da quella prescritta*, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, 593), la giurisdizione non potrà spettare che al giudice amministrativo.

Ecco perchè nel caso in questione non sembra conforme ai principi la sentenza, nell'aver ritenuto — sul presupposto che si trattasse di una illegittima occupazione ex art. 71 — che la giurisdizione spettasse al giudice ordinario. Da un lato infatti l'avere operato il Commissario prefettizio, mentre l'art. 71 attribuisce (salvo i casi di urgenza straordinaria) la potestà al Prefetto e non al capo del Comune, poteva importare, al più, un vizio di incompetenza (accompagnato da eccesso di potere, per cattivo uso del potere discrezionale di valutazione della straordinarietà dell'urgenza), ma non un vizio di deficienza del potere dell'Amministrazione agente: infatti sia il capo del Comune, sia il Prefetto, allorchè operano in base ai poteri d'urgenza, sono autorità di Governo, e cioè autorità statali (v. per tutti BONAUDI, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, 1907, 75 segg.; SANDULLI, *Sulla ammissibilità di requisizione a opera di comuni*, in *Foro pad.*, 1949, I, 779 seg., e ivi altre indicazioni). Dall'altro, l'avere il capo del Comune usato del potere, previsto dalla citata norma, per ragioni di ordine pubblico, anzi che per provvedere alla esecuzione di opere che oggettivamente si presentassero di improrogabile urgenza, importava — a seguire l'ordine concettuale della sentenza — uno sviamento (deviazione dell'atto dalla finalità di legge) nel-

l'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, e non l'uso di un potere ad essa non riconosciuto (nel senso che l'aver usato il potere concesso dalla norma per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge, si risolva in mancanza del potere, e dia luogo quindi alla competenza del giudice ordinario, v. però la recente sentenza della Cass., Sez. un., 23 marzo 1953 n. 747, *Foro it.*, Mass., 162).

2. — Il Tribunale avrebbe potuto invocare, per affermare la propria competenza, un'altra, più giusta, ragione: e cioè che il potere di occupazione d'urgenza ha per contenuto *l'impossessamento di un bene per la urgente esecuzione di opere* (SANDULLI, *Man. dir. amm.*, Napoli, 1952, 312 seg.), mentre nella specie non veniva in questione una occupazione per esecuzione di opere, e quindi si esercitava un potere *diverso* da quello del quale si invocava la norma: potere che invece mancava.

Anche questo modo di argomentare — esatto nella premessa — non sarebbe però stato decisivo. Come si è detto, dalla sentenza non appare chiaro se l'ordinanza commissariale fosse stata emanata invocando o non l'art. 71 della legge sulle espropriazioni. Ma, pur ammesso che quella norma fosse stata invocata, non può esser dubbio che all'ordinanza, ove presentasse i caratteri di un atto inerente a un diverso potere, realmente appartenente all'Amministrazione agente, e destinato al conseguimento dell'effetto da questa avuto di mira, non potesse esser negata la natura di manifestazione di quest'ultimo potere, anzi che di quello dichiarato. Non è il *nomen iuris* attribuitogli dall'agente, che individua infatti la natura dell'atto, bensì è la funzione sostanziale (SANDULLI, *In mat. di limiti della giurisd. esclusiva del Cons. di Stato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 48 segg.; BENVENUTI, *Sul richiamo a disposiz. legisl. diverse nelle premesse di un atto amm.*, in *Giur. it.*, 1948, III, 53), la quale va determinata essenzialmente alla stregua dell'intenzione dell'agente, vale a dire dell'obiettivo avuto di mira (cfr. Cons. di Stato, V Sez., 15 dicembre 1951 n. 1601, in *Foro it.*, 1952, III, 35, e ivi richiami).

Ora, ciò che nella specie l'Amministrazione aveva inteso conseguire era la disposizione della proprietà privata, non a fine della costruzione di un'opera, bensì a quello della immediata utilizzazione; e non a fine di spossessamento, bensì a quello di temporanea costituzione di un diritto di uso pubblico. Un potere di tal genere certo non rientra nelle ipotesi previste dall'art. 71 legge sulle espropriazioni; tuttavia rientra tra quelle previste dall'art. 7 legge abolitiva del contenzioso amministrativo, del quale comunque l'Amministrazione agente disponeva. Non può affermarsi quindi che l'Amministrazione agente fosse carente del potere esercitato.

Nè può avere importanza al riguardo il fatto che si presti adesione alla tesi che nega ad altra autorità, che al prefetto, il potere previsto dall'art. 7 (SANDULLI, *Sulla ammissibilità di re-*

quisizione, cit., 780), o che si aderisca alla tesi contraria, peraltro prevalente in dottrina e in giurisprudenza. Infatti nella prima ipotesi potrà riconoscersi viziato di incompetenza l'atto di disposizione della proprietà privata posto in essere dal capo del comune, ma non potrà certo esser considerato emanato da una Amministrazione sprovvista di potere: sia il prefetto, sia il capo del comune nell'esercizio dei poteri d'urgenza, sono infatti organi della medesima Amministrazione statale come si è già accennato.

Questioni in materia di contenzioso elettorale*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1954, I, col. 1-3

* *Nota* a Cass., Sez. I, 26 novembre 1953 n. 3594, *ibid.*, col. 1; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I: 26 NOVEMBRE 1953 N. 3594; PRES. CANNADA BARTOLI P., EST. BARTOLOMEI, P. M. CARUSO (CONCL. CONF.); CONS. COMUNALE DI CINISELLO BALSAMO (AVV.TI BECCA, MUGNOZ) C. BONALUMI (AVV. RIVA).

È improcedibile il ricorso elettorale proposto dal consiglio comunale che sia stato giudice in una precedente fase del giudizio.

Qualunque cittadino può proporre ricorso avverso la decisione del consiglio comunale che non abbia accolto la richiesta di decadenza di un consigliere avanzata dal prefetto.

È ineleggibile a consigliere comunale, ed eventualmente può esser fatto decadere dalla carica, chi abbia impugnato innanzi alla Corte dei conti la pronuncia del consiglio di prefettura che aveva ritenuto la sua responsabilità.

1. — La prima massima non può non esser condivisa. Non v'ha dubbio infatti che nel nostro sistema non è dato al giudice, che abbia deciso una lite, gravarsi avverso la decisione di grado superiore che abbia riformato la sua pronuncia.

Sussisteva tuttavia una ragione preliminare per escludere la procedibilità del ricorso proposto dal Consiglio comunale, e cioè che il Consiglio stesso non è un soggetto giuridico (e nemmeno un ente di fatto), bensì soltanto un organo del comune, ed è quindi sfornito di capacità processuale.

Che se poi impropriamente fosse stato affermato che il ricorso veniva proposto dal Consiglio, mentre invece era stato proposto dal Comune — se pur deliberato dal Consiglio — nessuna improcedibilità sussisteva, essendo il Comune, in quanto ente, un soggetto ben distinto dall'organo giurisdizionale: consiglio comunale. Il che è tanto più evidente ove si ritenga — come non è da escludere quando si parta dalla considerazione che nel nostro ordinamento la funzione giurisdizionale è funzione propria ed esclusiva dello Stato — che il consiglio, nell'esercizio della funzione giurisdizionale è da considerare organo delle Stato e non del comune. Nel senso della identificazione, sotto il profilo in esame, tra comune e consiglio, v. però Cons. Stato, V Sez., 29 giugno 1923, *Foro it.* Rep. 1923, voce *Elezioni*, n. 13; Cass. 3 settembre 1947, n. 1565, *id.*, 1947, I, 793.

Nella specie peraltro il Comune era carente di legittimazione. Infatti — a differenza dai ricorsi relativi alle operazioni elettorali, i quali investono l'espressione della volontà popolare nel suo complesso, e implicano quindi sempre un interesse del comune, che è l'ente che questa rappresenta (v. espressamente Cons. Stato, V Sez., 9 giugno 1951, n. 534, *id.*, Rep. 1951, voce cit., nn. 42, 43) — i ricorsi di eleggibilità interessano (almeno secondo l'orientamento corrente) non l'ente sociale, bensì soltanto i singoli interessati all'elezione, e i singoli cittadini, in quanto tali.

2. — Esatta è pure la seconda massima. Nel medesimo senso già si era di recente pronunciata la Corte d'appello di Ancona 3 aprile 1951, *ibid.*, n. 51. La ASSANTI, *Osservazioni sul contenzioso elettorale amministrativo e sulle azioni popolari elettorali* (in nota a tale sentenza in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 102, dove v. pure ampi richiami di dottrina e giurisprudenza), ha esattamente rile-

vato, rifacendosi alla migliore dottrina sull'argomento, che chi promuove l'azione popolare fa valere non un diritto altrui, bensì un diritto comune a sè e ad altri, e che in questo caso — come in genere in ogni caso di legittimazione per categoria — chi dei vari legittimati assume l'iniziativa della difesa dell'interesse di cui trattasi, nell'agire nel proprio personale interesse, fa valere anche gli interessi degli altri legittimati (il giudicato si forma infatti pure rispetto a questi). La facoltà di qualunque dei legittimati di proporre il gravame, trascurato da quegli che nel precedente stadio processuale assunse le difese del diritto in questione, inerisce, nella materia, appunto al principio di diritto processuale, per cui l'operato dell'attore in casi del genere viene a incidere anche in ordine alla sfera giuridica degli altri interessati, rispetto ai quali pure si forma il giudicato.

3. — Del pari è esatta la terza massima. Col ritenere la piena compatibilità, con la ineleggibilità degli amministratori che siano stati dichiarati responsabili in giudizio (affermata nel n. 8 dell'art. 16 t. u. n. 203 del 1951), della ineleggibilità (ai sensi del n. 6 dello stesso articolo) degli amministratori a carico dei quali penda giudizio contabile — e nei confronti dei quali non può esser negata la « pendenza » di una lite — la Cassazione mantiene il suo atteggiamento (già assunto con le sentenze 27 gennaio 1951, n. 228, *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Elezioni*, n. 36; 16 luglio 1952, n. 2208, *id.*, Mass., 520), contrario all'orientamento di qualche giudice di merito, secondo cui le due ineleggibilità sarebbero tra loro inconciliabili, dovendosi quindi ritenere suscettibile di operare soltanto la prima.

La tesi respinta si basa sull'osservazione che in casi di tal fatta la lite avrebbe la funzione di accertare la sussistenza di una condizione di ineleggibilità configurata autonomamente dalla legge (App. Napoli 17 dicembre 1949, *id.*, 1950, I, 603, con nota favorevole di IACCARINO; e 9 giugno 1950 inedita). Essa, per quanto acutamente sostenuta, non è conciliabile però col testo della legge, che è inequivocabilmente nel senso di considerare come ragione di incompatibilità dei consiglieri comunali qualsiasi lite vertente col comune.

L'affermare — come pretendeva nella specie il ricorrente — che durante la pendenza del giudizio innanzi alla Corte dei conti, l'amministratore ritenuto responsabile dal consiglio di prefettura non sarebbe ineleggibile, nè a causa della sua riconosciuta responsabilità (data la non definitività della pronuncia), nè a causa della pendenza della lite (per la ragione accolta dalla riferita giurisprudenza di merito), si risolverebbe addirittura nel riconoscergli una posizione di estremo favore, alla cui ammissibilità osta, oltre tutto, la circostanza che, in base al dettato legislativo, la ineleggibilità per gli amministratori ritenuti responsabili non presuppone affatto una decisione passata in giudicato, essendo sufficiente anche una pronuncia ancora suscettibile di riforma (Cass. Roma 8 agosto 1904, *Foro it.*, Rep. 1904, voce *Ele-*

zioni, nn. 29, 30 ; FAGIOLARI e PRESUTTI, *Comm. alla legge com. e prov.*, I, 318).

Nel senso che la pendenza di lite innanzi agli organi di giurisdizione contabile determini ineleggibilità (e quindi sia anche ragione di decadenza dalla carica), v., nella giurisprudenza meno recente, Cass. Roma 14 novembre 1893, *Foro it.*, Rep. 1893, voce cit., n. 81 ; 18 dicembre 1900, *id.*, Rep. 1901, voce cit., nn. 85-88 ; 9 gennaio 1903, *id.*, Rep. 1903, voce cit., nn. 78, 79 ; 21 settembre 1909, *id.*, Rep. 1910, voce cit., nn. 54, 55 ; 29 novembre 1915, *id.*, 1916, I, 72. In dottrina, oltre FAGIOLARI e PRESUTTI, *op. cit.*, 304, v. MAZZOCCOLO, *Comm. alla legge com. e prov.*, 6ª. ed., 94 ; PRINCIVALLE, in *Ammin. it.*, 1951, 938.

Sui termini dei ricorsi al consiglio comunale per questioni di eleggibilità

Pubblicato in

Rivista Trimestrale
di Diritto Pubblico
Milano, 1954, pp. 536-547

1. — Dispongono i primi due commi dell'art. 74 del t.u. sulle elezioni comunali 5 aprile 1951 n. 203 (articolo facente parte — insieme all'art. 75 — del capo VIII, che si intitola « Dei ricorsi »): « Contro le operazioni per la elezione dei Consiglieri Comunali è ammesso il ricorso entro un mese *dalla proclamazione degli eletti.*

« Sui ricorsi pronunzia in prima sede il Consiglio comunale, tanto per le questioni di eleggibilità, quanto per le operazioni elettorali ».

A sua volta l'ult. comma dell'art. 67 dello stesso t.u. — il quale nel 1° comma disciplina le operazioni della seduta di insediamento del Consiglio comunale, e stabilisce che in detta seduta il Consiglio deve « esaminare » le condizioni di eleggibilità degli eletti, e « dichiarare la ineleggibilità » di essi quando ne sussistano le condizioni, « provvedendo alla sostituzione » dei proclamati dichiarati ineleggibili — dispone che contro tali decisioni del Consiglio « sono ammessi i ricorsi previsti dal capo VIII, e i relativi termini decorrono *dalla pubblicazione della decisione ovvero dalla notificazione di essa,* quando sia necessaria ».

Dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel senso che le decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 67 hanno — a differenza da quelle da esso adottate ai sensi dell'art. 74 [1] — natura

---

[1] La natura giurisdizionale delle decisioni consiliari ai sensi dell'art. 74 è stata peraltro di recente negata dal COSTA, *Consiglio com. e giurisdizione elettorale,* in *Riv. dir. proc.* 1954, II, 52 sgg. e dal POTOTSCHNIG, *Le decisioni del Consiglio com. in materia elettorale,* in *Giur. it.* 1954, I, 1, 731 sgg., con argomenti che lasciano seriamente pensare.

amministrativa e non giurisdizionale, e che contro di esse il ricorso giurisdizionlae di primo grado, previsto dall'ultimo comma dell'articolo 67, va proposto allo stesso Consiglio, e non alla G.P.A. (2).

È sorta tuttavia questione se l'ultimo comma dell'art. 67 debba essere inteso nel senso che il termine per la proposizione di qualsiasi ricorso in materia di eleggibilità non decorra se non dal momento in cui sia stata pubblicata o notificata la pronuncia amministrativa del Consiglio prevista dal 1° comma dello stesso articolo (3), ovvero se il termine per far valere in sede di ricorso giurisdizionale al Consiglio l'ineleggibilità di un consigliere sia quello indicato nel 1° comma dell'art. 74 — il quale dispone che il mese concesso per la proposizione dei ricorsi elettorali decorre « dalla proclamazione degli eletti » —, dovendo attribuirsi all'ultimo comma dell'art. 67 un più limitato significato.

Finora nè la Corte di Cassazione, nè la dottrina hanno avuto a occuparsi *ex professo* della questione (4). Di recente il caso è stato portato all'esame di qualche giudice di merito ed è stato deciso nel primo senso (5).

Non sembra però che tale soluzione sia esatta.

---

(2) V., per tutti, VITTA, *Diritto amministrativo*, II, 3ª ed., Torino, 1950, 675; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, 2ª ed., Napoli, 1954, 194; App. Napoli, 14 marzo 1947, in *Foro it.* 1947, I, 921; Cass. 31 dicembre 1947 n. 1753, in *Foro it.* 1948, I, 843; 5 aprile 1948 in *Foro it., Rep.* 1948, voce *Elezioni*, n. 92.

(3) In tali sensi IACCARINO, *Osservazione*, in *Foro it.* 1947, I, 922; e, forse, DANIELE, *Brevi considerazioni sui ricorsi avverso il provv. di annullam. della nomina a Sindaco e delle deliberaz. di convalida delle elez. com.*, in *Amm. ital.* 1952, 314. *Contra* — senza peraltro affrontare il problema ex professo — FRAGOLA, *Altre questioni elettorali*, in *Giur. it.* 1948, IV, 83 sgg.; SANDULLI, *Manuale, cit.*, 54; ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, II, 7ª ed., Milano, 1954, 406 sg.; Cons. Com. Livorno, 20 settembre 1951, in *Foro amm.* 1952, I, 3, 31. Poco chiaro, sul punto, FUNARO, *Questioni in materia di elezioni amm.*, in nota alla riferita decisione del Cons. com. Livorno, 33 sg.

(4) Il problema non è stato visto neanche da chi ha espressamente studiato il tema dei ricorsi elettorali al Consiglio comunale (DI TIZIO, *Ineleggibilità e incompatibilità alla carica di consigliere comunale: rimedio giurisdizionale di primo grado*, in *Corr. amm.* 1952, 816 sgg.

(5) App. Napoli, 11 novembre 1953 (ric. D'Arienzo), inedita; 23 luglio 1954, in *Foro it.* 1954, fascicolo XVII-XVIII, parte I.

* * *

2. — Non può certo costituire un valido argomento in favore della tesi che si contrasta la circostanza che il 1° comma dell'art. 74 — il quale prevede il ricorso « entro un mese dalla proclamazione degli eletti » — riguarda i ricorsi « *contro le operazioni per la elezione* ».

Dal 2° comma dell'articolo — il quale si collega immediatamente al primo, rappresentandone la continuazione logica e la spiegazione (« Sui ricorsi — *scil.*: previsti dal comma precedente — pronunzia in prima sede il Consiglio comunale, tanto *per le questioni di eleggibilità,* quanto per le operazioni elettorali ») — si ricava chiaramente che l'espressione « contro le operazioni per la elezione » viene usata nel primo comma in senso lato, sì da comprendere tanto il caso che si ricorra per questioni di eleggibilità, quanto quello che si ricorra per questioni relative alle operazioni elettorali ([6]).

Ma non basta. L'analisi storica dà una conferma irrefutabile dell'assunto.

È noto che i primi due commi dell'art. 74 sono tralaticii nella legislazione sulle elezioni comunali. Essi riproducono i corrispondenti commi dell'art. 54 della legge 7 gennaio 1946 n. 1, e corrispondono esattamente ai primi due commi dell'art. 91 t.u. com. e prov. 1915 e a quelli dell'art. 87 t.u. com. e prov. 1908.

Ora, all'epoca del t.u. del 1908 non esisteva alcuna norma corrispondente a quelle dell'attuale art. 67 del t.u. del 1951: non esisteva infatti alcuna disposizione la quale prevedesse una potestà amministrativa di ufficio del Consiglio eletto di riscontrare nei propri membri la insussistenza di condizioni di ineleggibilità, ed, eventualmente, di pronunciarne, in caso contrario, la sostituzione (una norma del genere venne introdotta per la prima volta dall'art. 2 L. 19 giugno 1913 n. 640, limitatamente però alla sola condizione di ineleggibilità per analfabetismo, e — aggiunta al t.u. del 1908, assumendo in esso le denominazioni di art. 25 *bis* — figura fedelmente riprodotta nell'articolo 90 del t.u. del 1915).

Non può esser dubbio dunque (nè è mai sorto dubbio al riguardo) che, vigente il t.u. del 1908 — nel quale l'art. 87 era certamente l'uni-

---

([6]) Cfr. FUNARO, *loc. cit.*

ca disposizione che prevedesse ricorsi elettorali, e quindi, fuori di ogni discussione, disciplinava *tutti* i ricorsi elettorali, sia in materia di operazioni, che in materia di eleggibilità —, i termini per la proposizione dei ricorsi elettorali fossero regolati appunto dall'art. 87, sia per le questioni di operazioni elettorali, che per quelle di eleggibilità (7). Non vi ha dubbio cioè che nel 1° comma dell'art. 87 del t.u. del 1908 (« Contro le operazioni elettorali è ammesso il ricorso entro un mese dalla proclamazione degli eletti ») la espressione « operazioni elettorali » andasse intesa non in senso ristretto e tecnico (come risulta usata nel 2° comma dello stesso articolo, rispondente perfettamente al 2° comma dell'art. 74 del vigente t.u. del 1951), bensì in senso lato e comprensivo, tale da abbracciare qualsiasi questione inerente alle elezioni (sia vertente sulle operazioni vere e proprie, sia vertente sulla eleggibilità dei designati dalla volontà popolare). E non v'ha dubbio quindi che, sia per i ricorsi in materia di operazioni elettorali, che per quelli in materia di eleggibilità, il termine fosse unicamente quello previsto dal 1° comma dell'art. 87 e decorresse dalla proclamazione degli eletti.

Come si è detto, i primi due commi dell'art. 87 del t.u. del 1908 vennero fedelmente riprodotti nell'art. 91 del t.u. del 1915, nell'art. 54 della legge 7 gennaio 1946 n. 1 sulla ricostituzione delle amministrazioni comunali su base elettiva, e nell'art. 74 del vigente t.u. del 1951. L'unica variante — introdotta a partire dal t.u. del 1915 — fu quella di trasformare l'espressione « operazioni elettorali », del primo comma, nell'altra « operazioni per la elezione dei consiglieri »; e appare evidentemente mossa dall'intento di lasciar intendere che il significato dell'espressione non coincide con quello — più restrittivo — in cui nel secondo comma si parla « di operazioni elettorali ».

In mancanza di inequivoci elementi in senso diverso, è chiaro che il legislatore, se ha costantemente conservato intatte le disposizioni (limitandosi a introdurre una modifica formale, la quale, se mai, vale a rafforzare la precedente interpretazione), ha inteso mantenerne immutato il contenuto. Non può dunque fondatamente esser contestato

---

(7) V., per tutti, Mazzoccolo, *La nuova legge com. e prov.*, 6ª ed., Milano 1912, 238; Fagiolari e Presutti, *Comm. sist. della nuova legge com. e prov.*, I, Roma 1914, 437 sg.

che i due primi commi dell'art. 74 del t.u. del 1951 disciplinino la materia dei ricorsi elettorali all'identica maniera in cui la disciplinavano i due primi commi dell'art. 87 del t.u. del 1908, e cioè nel senso che i ricorsi avverso i risultati delle elezioni — tanto se attinenti a questioni di operazioni elettorali, quanto se attinenti a questioni di eleggibilità — vanno proposti entro un mese dalla proclamazione degli eletti.

* * *

3. — Non meno decisive considerazioni militano contro la tesi che si contrasta, quando si approfondisca sul piano dogmatico l'esame della funzione esercitata dal Consiglio comunale ai sensi dell'art. 67 del t.u. del 1951.

Come si ripete, l'attuale art. 67 del t.u. 1951 rappresenta una recente innovazione: essa venne introdotta per la prima volta nella legislazione elettorale comunale con l'art. 53 della legge 7 gennaio 1946 n. 1. Precedentemente l'art. 2 della legge 19 giugno 1913 n. 640 aveva istituito analoghi poteri d'ufficio dei Consigli comunali e provinciali, limitatamente alla dichiarazione di ineleggibilità e alla sostituzione degli eletti analfabeti. È ormai pacifico che la funzione esercitata dai Consigli ai sensi dell'art. 67 ha carattere amministrativo. Non risulta tuttavia finora approfondita la natura di tale funzione rispetto alla manifestazione della volontà popolare, concretantesi nella elezione.

Al riguardo però non è difficile giungere a esatte conclusioni, sulla base di concetti della teoria delle fattispecie complesse, ormai consolidati.

È fuori dubbio che l'elemento che in seno alla fattispecie elettorale esplica la funzione costitutiva ([8]), ed è per sè solo operativo degli effetti che alla fattispecie si collegano, è la manifestazione della volontà popolare, *espressa* attraverso il voto, *accertata* attraverso lo scrutinio, e *proclamata* dalla autorità competente (art. 47-48; 53 segg. e 59 sgg.; 57 e 65). Siamo in presenza di una fattispecie, il cui corpo costitutivo è complesso, e consta di una pluralità di atti (voto, scrutinio,

([8]) Sul concetto di elementi con forza costitutiva, v. SANDULLI, *Il procedimento amm.*, Milano 1940, 177 sgg.

proclamazione), i quali peraltro non si fondono in un unico atto composto, ma conservano il proprio carattere di unità autonome ([9]).

Con la proclamazione il corpo costitutivo dell'effetto giuridico (investitura dell'ufficio) si compie ([10]). Nè occorre alcun ulteriore elemento perchè la fattispecie divenga operativa ([11]). Una volta avvenuta la proclamazione, l'eletto è infatti investito dell'ufficio e ne diventa titolare. Prima e indipendentemente da qualsiasi altro atto della procedura elettorale, egli esplica quindi in modo pienamente legittimo le attribuzioni dell'ufficio (lo stesso art. 67 configura come « Consiglio comunale » il corpo degli eletti, prima e indipendentemente dalla verifica dei poteri).

È vero che l'art. 67 dispone che nella seduta immediatamente successiva alle elezioni il Consiglio comunale, « prima di deliberare su qualsiasi altro oggetto », deve procedere alla verifica della mancanza di condizioni di ineleggibilità dei prescelti dalla volontà popolare. Si tratta però di norma a carattere ordinatorio, e dalla cui inosservanza non discende affatto la conseguenza del mancato perfezionamento della investitura degli eletti. Ogni contraria illazione, oltre che contrastare con la lettera dei testi, sarebbe estremamente grave, in quanto implicherebbe la illegittimità di tutti gli atti posti in essere dal Consiglio prima del compimento degli accertamenti previsti dall'art. 67 (i

---

([9]) Su tali casi v. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 241 sgg.

([10]) *Contra*, nel senso che la proclamazione sarebbe un mero atto preparatorio, mentre il solo « atto amministrativo conclusivo e quindi impugnabile » sarebbe « l'accertamento ex art. 53 (L. 7-1-1946 n. 1) del Consiglio Comunale », FRAGOLA e DEGLI UBERTI, *Guida elettorale*, Napoli, 1950, 265 — dove invano si cercherebbe però un tentativo di dimostrazione. La tesi è peraltro in contrasto con quanto sostenuto dallo stesso FRAGOLA, *loc. cit. sub* nota 2.

([11]) Non può esser quindi considerato dogmaticamente esatto quel passo della sent. Cass. 31 dicembre 1947 n. 1753, cit., dove — dopo l'esatta enunciazione del concetto che la tutela del pubblico interesse alla regolare costituzione dei Consigli comunali viene preventivamente affidata ai poteri attivi della stessa Amministrazione — si legge che « può così dirsi trasferita in tale attività amministrativa una parte notevole di quella efficacia costitutiva della carica elettiva, che prima risiedeva completamente nell'atto della proclamazione fattane dal presidente del seggio elettorale ». Tale passo non contiene errori soltanto se si ammette che le espressioni in esso usate — e segnatamente quella ove si parla di « efficacia costitutiva della carica elettorale » — non siano state impiegate in senso rigorosamente tecnico. In senso contrario alla tesi sostenuta nel testo, v. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 739.

quali talvolta possono anche richiedere delle complesse istruttorie, e non di rado si protraggono nel tempo) ([12]).

Ma comunque, che il Consiglio comunale, come tale, esista anche prima della convalida degli eletti, e indipendentemente da essa, è fatto palese dalla circostanza che la convalida è un'operazione devoluta dalla legge proprio al Consiglio. Quanto sia assurda la tesi che afferma esser la convalida elemento di perfezione della procedura elettorale, è dimostrato dal fatto che, ove così fosse, la convalida non potrebbe mai venire in essere: se la fattispecie elettorale non fosse integra prima della convalida, e se quindi il Consiglio non esistesse prima di essa, come sarebbe infatti possibile che proprio il Consiglio dovesse porre in essere quell'atto amministrativo che è la convalida? Chi non esiste non può certo operare. È dunque lo stesso diritto positivo a escludere che la convalida possa essere considerata come elemento integrativo della fattispecie dell'investitura degli eletti.

Rispetto al corpo costitutivo della fattispecie elettorale, le opera-

([12]) Non varrebbe certo a rafforzare la tesi che si contrasta il trarre argomento dal fatto che prima della verifica dei poteri non si ha, in seno alla procedura elettorale, alcun riscontro circa la sussistenza delle condizioni di eleggibilità — con la conseguenza che appunto perciò sarebbe logico che soltanto a seguito della verifica dei poteri fosse possibile proporre ricorso per questioni di eleggibilità. Nessuna decisiva rilevanza può avere, infatti, in ordine alla operatività (e quindi alla impugnabilità) di un atto, la circostanza che di esso sia stato o non compiuto un previo riscontro di legittimità. Lo dimostra il fatto che il ricorso per vizi della procedura elettorale è certamente ammesso indipendentemente da qualsiasi riscontro di legittimità, e che in passato — quando la procedura di verifica dei poteri non esisteva — il ricorso per questioni di eleggibilità è sempre sussistito, non ostante che mancasse — come oggi manca — in sede di proclamazione qualsiasi riscontro circa la sussistenza delle condizioni di eleggibilità.

Ancor meno varrebbe poi il trarre argomento dal fatto che gli artt. 57 e 65 dispongono che le proclamazioni dei risultati delle elezioni hanno luogo « salve le decisioni del Consiglio comunale a norma dell'art. 67 ». Tali disposizioni non significano affatto (come invece ritiene il Pototschnig, *op. cit.*, nota 44 a c. 739) che le decisioni in sede di verifica dei poteri entrino a far parte della fattispecie elettorale. Esse discendono in via immediata dalla disposizione, un tempo contenuta nell'art. 81 t. u. del 1908 e nell'art. 84 t. u. del 1915, nella quale si diceva che la proclamazione aveva luogo « salvi i reclami » eventualmente proposti. E nessuno pensò mai che tale disposizione implicasse che la fattispecie elettorale non fosse perfezionata fin quando non fosse stata definita la sorte di quei reclami.

zioni previste dall'art. 67 restano dunque completamente estranee ([13]). Il che coincide pienamente con quanto, per remota tradizione (la quale risale al 1867), si verifica, nel nostro ordinamento, per la convalida degli eletti al Parlamento — operazione che viene giustamente configurata non come condizione di efficacia dell'elezione, bensì come condizione il cui non verificarsi determina la risoluzione *ex nunc* del rapporto di diritto pubblico cui la elezione dà luogo ([14]).

Che in tal modo, e non altrimenti, vada configurata, rispetto alla fattispecie elettorale, la funzione delle operazioni previste dall'art. 67, appare poi ulteriormente confermato da una considerazione che, per quanto non necessaria ai fini della dimostrazione, è tuttavia, ove la si accolga, decisiva.

A differenza delle norme che reggono la verifica dei poteri degli eletti al Parlamento, l'art. 67 non prescrive una espressa pronunzia di « convalida » dei singoli eletti, ma si limita a disporre che il Consiglio, una volta « esaminate » le condizioni dei singoli eletti ai fini della loro eleggibilità, « dichiari la ineleggibilità » di quelli per cui ne ricorrano le condizioni, provvedendo alla loro « sostituzione »: non prevede cioè provvedimenti favorevoli agli eletti, ma soltanto provvedimenti sfavorevoli. È vero che il titolo del capo VII, del quale l'articolo 67 contiene le « disposizioni generali », è denominato « *Della*

([13]) Non potrebbe esser considerato argomento rilevante in favore della tesi contraria quello che intendesse far leva sul fatto che, anteriormente alla istituzione della convalida degli eletti a opera del Consiglio, la verifica della sussistenza delle condizioni di eleggibilità rientrava nella competenza delle sezioni elettorali, le quali in tanto potevano procedere alla proclamazione, in quanto avessero riscontrato la sussistenza delle condizioni di eleggibilità (art. 80 t. u. 1913 e art. 37 regol. 1911). È fuori dubbio che, allorquando vigeva tale regime, il riscontro delle condizioni di eleggibilità precedeva il perfezionamento della fattispecie costitutiva della investitura degli eletti, e ne costituiva presupposto di validità (non, peraltro, elemento costitutivo). Tale ammissione non significa però affatto che, una volta modificato il sistema, con l'introduzione dell'istituto della convalida, questa — che è un atto istituzionalmente successivo alla proclamazione — debba esplicare rispetto alla fattispecie la medesima funzione a suo tempo esplicata dalla verifica effettuata dalle sezioni elettorali. Data la necessità della sua posteriorità rispetto alla investitura, è evidente infatti che la convalida non può operare come presupposto di questa. Nè — data l'essenza propria dell'istituto — la convalida può esser considerata come parte integrante della fattispecie dell'investitura.

([14]) Virga, *La verifica dei poteri*, Palermo, 1949, 12.

convalida e delle surrogazioni ». Ma — a parte l'assai scarso e dubbio valore interpretativo che hanno i titoli delle leggi (sia pure quando, come nel caso in esame, si tratti di titoli « interni ») ([15]) —, dato il testo dell'articolo, un tale titolo, se può, tutt'al più, far pensare a una convalida *implicita* nella mancata dichiarazione di ineleggibilità, non può affatto valere a far leggere nel testo dell'articolo la prescrizione di formali atti di convalida che il testo stesso non contempla.

Se così è — se cioè gli unici atti, che l'art. 67 prescrive, sono dei provvedimenti sfavorevoli (dichiarazione di ineleggibilità e sostituzione), e non anche dei provvedimenti favorevoli (convalida) — ancor più evidente risulta la necessità (peraltro di per sè stessa inerente alla natura degli atti di verifica dei poteri) di configurare le operazioni prescritte dall'art. 67 non come condizioni di efficacia della elezione, bensì semplicemente come condizioni che, ove diano luogo ai provvedimenti sfavorevoli previsti dall'articolo, sono risolutive dell'operatività di essa.

Dalle enunciate premesse (sia che si ritenga necessaria ai sensi dell'art. 67 una pronuncia di convalida, sia che si escluda tale necessità) risulta la piena logicità e coerenza del sistema legislativo (art. 74) nel far decorrere dalla proclamazione degli eletti i termini di impugnativa dei risultati delle elezioni per ragioni di ineleggibilità; e appare chiaro quanto sarebbe difforme dai principi il far decorrere i termini d'impugnativa dalla sopraggiunta convalida. Non risultano infatti, nel nostro sistema, altri casi nei quali i termini d'impugnativa siano fatti decorrere dal mancato avverarsi di una condizione risolutiva.

* * *

4. — Chiarito tanto sul piano esegetico e storico, quanto sul piano dogmatico, che il termine per l'impugnativa del risultato delle elezioni, sia per questioni di eleggibilità, che per questioni inerenti alle operazioni elettorali, deve decorrere dalla proclamazione degli eletti, e

---

([15]) CRISAFULLI, *A proposito del titolo delle leggi,* in *Stato e diritto* 1941. Questo autore — al quale si rinvia per ulteriori richiami — dimostra diffusamente che non solo i titoli « esterni » delle leggi, ma anche quelli « interni » (intestazioni di capi, sezioni, articoli, ecc., di corpi legislativi compositi) non hanno valore normativo (p. 15 sgg. dell'estratto).

che l'art. 74 del t.u. del 1951 va applicato, per espressa volontà del legislatore, e per coerenza del sistema, a entrambe le ipotesi ([16]), è da aggiungere che nessun altro valido argomento sembra poter confortare la tesi che si contrasta.

È fuori discussione che il legislatore con la norma dell'ultimo comma dell'art. 67 non si è affatto proposto di impedire, fino al compimento della verifica dei poteri di ciascun consigliere, l'impugnabilità della di lui elezione ([17]).

È del pari inconcepibile che egli abbia voluto accordare, per le questioni di eleggibilità, oltre il termine fissato dall'art. 74, un altro termine (e cioè abbia voluto consentire agli interessati una scelta tra due termini). Una spiegazione di tal genere — estremamente semplicistica — appare, in presenza di termini perentori (come certo sono quelli in esame), *prima facie* inaccettabile. Si pensi, oltre tutto, alle assurde conseguenze che ne deriverebbero: nell'ipotesi che la verifica di poteri di un qualche consigliere avvenisse con un certo ritardo rispetto alla proclamazione dei risultati elettorali, gli interessati al ricorso decadrebbero dalla potestà di ricorso dopo trenta giorni dalla proclamazione; ma per essi il termine si riaprirebbe con il sopraggiungere della convalida).

Nè sarebbe logica la spiegazione che si cercasse di dare affermando che il ricorso ex art. 74 sarebbe proponibile soltanto fino alla convalida degli eletti, mentre, successivamente a questa, potrebbe venir proposto soltanto il ricorso ex art. 67. Nè più logica sarebbe la spiegazione che si cercasse di dare affermando che i ricorsi per ineleggibilità ammessi dall'art. 74 sarebbero soltanto quelli proposti in tempo utile per poter essere decisi nella stessa seduta destinata alle convalide (e cioè quelli notificati almeno undici giorni prima di tale seduta: art. 74, comma 3°), rimanendo a chi non abbia proposto i ricorsi stessi in tale tempo la possibilità di impugnare la pronuncia di convalida ([18]). Tali spiegazioni, mentre urterebbero anch'esse contro l'obbiezione della

([16]) Cfr. in tali sensi App. Napoli, 13 marzo 1953 in *Foro it.* 1953, I, 1013; Cass., Sez. un. 24 novembre 1953 n. 3585, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 724.

([17]) Cfr., espressamente, le sentenze cit. *sub.* nota prec., nonchè Pototschnig, *op. cit.*, 729 sg. *Contra* Costa, *op. cit.*, 54, il quale sostiene che il termine d'impugnativa decorre, sì, dalla proclamazione degli eletti, ma oggetto dell'impugnativa è la delibera di convalida.

([18]) In tali sensi, App. Napoli, 23 luglio 1954, cit.

inammissibilità del doppio termine, sarebbero infatti incompatibili con la chiara dizione dell'art. 74, che ammette il ricorso contro i risultati elettorali «entro un mese dalla proclamazione degli eletti», e quindi anche successivamente alla convalida, ove questa (come è poi l'ipotesi normale) sia intervenuta prima di tali termini. La seconda delle due spiegazioni configurerebbe per giunta un sistema macchinoso in assoluto contrasto con la volontà della legge. Questo sistema infatti implicherebbe un dovere del Consiglio di decidere, nella seduta di insediamento, in sede giurisdizionale, i ricorsi in materia di eleggibilità proposti avverso i risultati elettorali (altrimenti, sopraggiunte in quella seduta le pronuncie amministrative di convalida, diventerebbero impugnabili queste, «bruciando» quindi — data l'inammissibilità della coesistenza dei due rimedi — i ricorsi proposti avverso i risultati elettorali). E ciò urterebbe contro la norma per cui al Consiglio è concesso, per la decisione dei ricorsi elettorali, un termine di due mesi (art. 74, 4° comma).

Nemmeno sarebbe ammissibile il ritenere che, mentre il termine previsto dall'art. 74 riguarderebbe le vere e proprie questioni di eleggibilità (*errores in substantia*), il termine previsto dall'art. 67 riguarderebbe i vizi propri della pronuncia di convalida (*errores in procedendo*). Pur ammessa (del che è seriamente da dubitare: v. n. prec.) la necessità di una pronuncia di convalida, data la natura e la funzione di tale pronuncia (più sopra riferita), non sarebbero infatti concepibili doglianze nei confronti di essa ove non si sollevasse questione circa la eleggibilità dei convalidati: mancherebbe altrimenti ogni interesse a sollevare tali doglianze. E, per vero, non diversamente dai ricorsi in materia di eleggibilità previsti dall'art. 74, quelli previsti dall'art. 67 non investono minimamente l'atto amministrativo, bensì soltanto il suo risultato (preposizione all'ufficio).

* * *

5. — Non resta dunque che una spiegazione dell'ultimo comma dell'art. 67, la quale non sia illogica e contrastante col sistema: i ricorsi cui si riferisce la disposizione in esame non sono quelli che si appuntano contro i risultati delle elezioni (e quindi contro le pronuncie di convalida che li confermino), bensì quelli che si appuntano contro le pronuncie, che, in sede di verifica dei poteri, riformino i

risultati delle elezioni. Contro i risultati delle elezioni vi sono i rimedi previsti dall'art. 74; contro le pronuncie consiliari, che in sede di verifica dei poteri modifichino i risultati della volontà popolare, vi è il rimedio previsto dall'art. 67.

Che questo, e non altro, sia il contenuto dell'ult. comma dell'articolo 67, è confermato da una considerazione di carattere dogmatico. Il rimedio previsto dal citato comma si appunta « contro le *decisioni dei consigli* », e non contro *i risultati delle elezioni*. Ora, siccome, allorquando la legge prevede degli atti che abbiano funzione confermativa di effetti prodotti da altri atti, la fonte della lesione delle situazioni giuridiche, che eventualmente ne siano toccate, per logica evidente, non risiede negli atti confermativi, bensì in quelli che questi sono volti a confermare, non può sussistere alcun interesse a impugnare gli atti confermativi ove l'interessato non si sia sentito leso dall'atto confermato, e non lo abbia impugnato ([19]). Rappresenterebbe quindi una evidente anomalia, sul piano della logica giuridica e del sistema accolto nel nostro ordinamento, il fatto che il legislatore avesse ammesso a impugnare la « convalida » chi, pur potendolo, non abbia ritenuto di impugnare il risultato delle elezioni. E, a maggior ragione, rappresenterebbe una anomalia il fatto che il legislatore avesse ammesso a impugnare la « convalida » chi abbia già impugnato il risultato delle elezioni.

Ancor più evidente appare poi l'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 67 nel senso indicato, quando si aderisca — come a me pare si debba (v. n. 3) — all'opinione, secondo cui i provvedimenti amministrativi che il 1° comma dello stesso articolo contempla sono soltanto dei provvedimenti sfavorevoli agli eletti (dichiarazione di ineleggibilità, e sostituzione), e non anche dei provvedimenti favorevoli (convalida). Accettata tale posizione concettuale, è evidente che — non potendo le « decisioni dei consigli », previste dal 1° comma, essere se non pronuncie in riforma dei risultati delle elezioni — l'ultimo comma, riferendosi soltanto alle decisioni previste dal 1° comma, non prevederebbe altra impugnabilità che quella delle pronuncie di riforma.

([19]) Cfr. SANDULLI, *Osservazione*, in *Foro It.*, 1950, I, 710; Cfr. Cons. di Stato, V sez., 21 maggio 1954 n. 529, in *Cons. di Stato* 1954, I, 571.

In tema di diritti e interessi correlati al potere di scorporo in attuazione della riforma fondiaria in Sicilia*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1956, I, col. 10-13

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1955 n. 2994, *ibid.*, col. 9; la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI: 11 OTTOBRE 1955 N. 2994; PRES. EULA P.P., EST. TORRENTE, P. M. DE MARTINI (CONCL. CONF.); CANNARELLA M. E F. (AVV. RASELLI) C. ASSESSORE AGRICOLTURA E FORESTE DELLA REGIONE SICILIANA (AVV. DELLO STATO AGRÒ), E.R.A.S. (AVV.TI SANTORO-PASSARELLI, M.S. GIANNINI, ANDRIOLI), REGIONE SICILIANA (AVV.TI C. SELVAGGI, G. GUARINO).

I diritti dei proprietari si affievoliscono in interessi legittimi non a seguito della legge reg. 27 dicembre 1950 n. 104, sulla riforma agraria in Sicilia, bensì in forza dei piani di individuazione dei terreni da conferire, elaborati dall'Ente per la riforma agraria in Sicilia (E.r.a.s.).

1. — Tra le altre questioni sottoposte all'esame delle Sezioni unite della Cassazione, l'importante sentenza che si annota ha dovuto affrontarne e risolverne una delicatissima, attinente al profilo della discriminazione tra diritti e interessi legittimi.

Al pari della legislazione statale, quella della Regione siciliana (legge 27 dicembre 1950 n. 104), nel disciplinare la riforma fondiaria, ha compreso, tra le proprietà terriere da coacervare al fine di determinare le quote da trasferire all'Ente di riforma fondiaria, anche quelle eventualmente allenate per atto tra vivi posteriormente a una certa data (precedente alla sua emanazione). Tuttavia anch'essa — conformandosi di massima ai medesimi criteri della legislazione statale — ha esentato dal coacervo i terreni donati in favore di enti morali di assistenza, beneficenza o istruzione, quelli donati in contemplazione di matrimonio, o comunque — a certe particolari condizioni — ai figliuoli, e quelli che avessero formato oggetto di negozi diretti alla formazione della piccola proprietà contadina (art. 30).

Siccome le legge regionale — a differenza di quella statale — prevede che gli scorpori abbiano luogo mediante atto amministrativo (art. 35); e siccome i privati, per solito, vuoi al fine di cautelarsi contro il (sia pur dubbio) pericolo di decadenza, vuoi nella speranza di conseguire la *restitutio in integrum*, preferiscono adire, una volta che si sentano lesi da un atto amministrativo, il giudice amministrativo anzichè quello ordinario: mentre, d'altro canto, questioni di competenza del giudice ordinario vengono spesso prospettate a quello amministrativo in occasione della impugnativa a esso proposta per altri motivi, rientranti nella sua specifica competenza; si è verificato abbastanza spesso il caso che al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana venissero portate doglianze avverso provvedimenti di scorporo che si assumeva non tenessero conto delle riferite esenzioni, colpendo quindi le proprietà in misura maggiore di quella consentita dalla legge.

Tanto il Consiglio di giustizia amministrativa, quelle volte che il problema gli è stato proposto (decisioni 16 aprile 1953, n. 100, *Foro it.*, 1953, III, 113; 30 aprile 1953, n. 106, *id.*, Rep. 1953, voce *Agricoltura*, nn. 97-102; 30 aprile 1953, n. 107, *ibid.*,

voce *Sicilia*, nn. 64-71 ; 30 settembre 1953, nn. 159, *ibid.*, voce *Agricoltura*, nn. 94-96 ; 30 settembre 1953, nn. 160, 163, 164, 166, *ibid.*, voce *Sicilia*, nn. 90, 84, 77, 82 ; 3 marzo 1954, n. 28, *id.*, Rep. 1954, voce *Agricoltura*, n. 67 ; 22 aprile 1955, n. 67, *Dir. pubbl.*, 1955, 79 ; 13 maggio 1955, n. 100, *Cons. Stato*, 1955, I, 818), quanto la Corte regolatrice, con l'annotata sentenza, hanno risolto la questione relativa alla giurisdizione competente a giudicare della legittimità o meno, nei riferiti casi, della esclusione dalla esenzione, nel senso della appartenenza della competenza al giudice amministrativo. Ciò sul presupposto della competenza (ritenuta indubbia) di questo ultimo in ordine al problema della legittimità dei provvedimenti espropriativi, e del carattere meramente strumentale e preliminare delle questioni in esame rispetto a tali provvedimenti.

2. — È da attribuire a merito della sentenza annotata il definitivo abbandono della teorica della *prospettazione* ai fini della discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo, teorica l'accettazione della quale avrebbe potuto menare per via assai più semplice alla decisione accolta, dato che il ricorrente, nell'adire il magistrato amministrativo, aveva prospettato le lesioni, che assumeva di aver subite, appunto come lesioni di interessi legittimi (per la critica della teoria della prospettazione, v. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, I, 1073 ; la teoria, la quale aveva, per qualche anno, incontrato in giurisprudenza una certa fortuna, appare ora abbandonata così dal Consiglio di Stato, come dalla Corte di cassazione. Cfr. Cons. di Stato, Ad. plen., 16 giugno 1954, n. 20, *id.*, Rep. 1954, voce *Competenza civ.*, n. 127 ; Cass., Sez. un., 16 giugno 1955, n. 1833, *id.*, Mass., 405).

È altresì da ascrivere a merito della sentenza l'aver opportunamente sottolineato (cosa non sempre chiara nella giurisprudenza) che la discriminazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo non coincide con quella tra potere vincolato e potere discrezionale della pubblica Amministrazione (v. al riguardo, SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei Comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, nota 7 a col. 33 ; *La natura della pretesa al risarcimento dei danni di guerra*, in *Riv. amm.*, 1949, I, 8 ; CASETTA, *Diritto soggettivo e int. legittimo : problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 637 seg.). Molti sono infatti i casi in cui a un potere vincolato non corrisponde alcun diritto, in quanto il vincolo imposto all'Amministrazione non è correlativo alla protezione di alcun interesse privato (p. es., dovere comunale dell'illuminazione pubblica), o comunque non è correlativo alla protezione di un interesse privato fatto oggetto di diretta e immediata protezione da parte dell'ordinamento (p. es., ordine procedurale relativo allo svolgimento delle gare di appalto).

La sentenza ha ancora il merito di aver posto in evidenza

— sia pure senza approfondire l'argomento — che le disposizioni generali e generiche, che dichiarano il diritto di proprietà soggetto a particolari limiti ed esposto a particolari provvedimenti ablativi, vincolistici, o comunque incidenti (quali gli art. 1 e 22 della cit. legge regionale), non fanno degradare il diritto stesso, nella sua strutturale entità, a interesse legittimo. Il diritto di proprietà non assume mai carattere di interesse legittimo. Tale carattere riveste semplicemente la posizione giuridica del proprietario correlativa al potere dell'Amministrazione di incidere sul diritto di proprietà, vale a dire l'interesse del proprietario a che il potere amministrativo di sacrificare il suo diritto non venga esercitato se non in modo legittimo. Diritto di proprietà e potere di espropriazione non sono correlativi come posizioni giuridiche. Il diritto di proprietà è sempre un diritto pieno e assoluto, fin quando il provvedimento espropriativo non sia stato posto in vita e non produca i suoi effetti. La correlazione non esiste tra il potere di espropriazione e il diritto di proprietà, bensì tra quel potere e l'interesse a che esso venga esercitato conformemente alle leggi.

3. — Dove però l'elaborata e dotta sentenza non ci trova concordi è nell'aver considerato norme d'azione e non di relazione (sulla distinzione v. GUICCIARDI, *La giustizia amm.*, 3ª ed., Padova, 1953, 33 seg.; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, 3ª ed., Napoli, 1955, 52) quelle relative ai fattori (positivi e negativi) da tener presenti ai fini della determinazione dell'aliquota di terreni da prendere a base per stabilire il *quantum* di proprietà da espropriare.

Secondo la sentenza, chi vanti un diritto di proprietà su un certo fondo, il quale possa essere espropriato in conseguenza del fatto che l'Amministrazione possa far cadere su di esso la propria scelta (discrezionale) nell'esercizio del suo potere di scorporo, si troverebbe in una posizione giuridica di mero interesse legittimo non solo di fronte al potere di scelta, ma anche — e sempre in conseguenza della esistenza di tale potere di scelta — in relazione al calcolo stesso del *quantum* da scorporare: e ciò perchè il modo di far luogo al calcolo, sebbene rigidamente determinato dal legislatore, avrebbe carattere puramente preliminare e strumentale rispetto al potere discrezionale (definitivo e principale) di colpire l'uno ovvero l'altro bene.

Siccome il diritto di proprietà — incalza l'argomentazione — è un diritto *su un singolo bene*, esso non può considerarsi leso prima che quello specifico bene venga colpito; e siccome il bene non viene colpito se non, per la prima volta, attraverso il provvedimento espropriativo — che, in ordine alla scelta (« individuazione ») del bene, ha natura discrezionale — il proprietario — che è colpito solo attraverso l'ablazione del bene discrezionalmente scelto — venendo a essere, in concreto, leso — per la prima volta — da un atto discrezionale, non potrebbe affermare di essere colpito in un diritto soggettivo: di fronte

al potere discrezionale non vi sono infatti che interessi legittimi.

Il ragionamento è sottile ma in esso si annida un vizio.

Se è vero che la lesione del diritto di proprietà ha luogo attraverso un provvedimento, il quale, *sotto un certo aspetto* (quello della scelta del bene da scorporare) ha natura discrezionale, non è men vero che quel provvedimento non è del pari discrezionale in ordine al *quantum* da scorporare, essendo a tal riguardo ferreamente determinato da norme tassative. Le quali non può esser recato in dubbio che siano norme di relazione (e non di azione), dettate come sono dall'*unico* fine di stabilire entro quali limiti quantitativi è *lecito* all'Amministrazione di sacrificare il diritto di proprietà, sicchè al di là di essi tale sacrificio sarebbe *illecito*.

L'affermare che tali norme abbiano carattere puramente *strumentale* nel sistema costruito dal legislatore è osservare l'istituto in modo deformato: chè la determinazione del *quantum* rappresenta nel sistema legislativo il *prius* non soltanto temporale, ma anche logico, e anzi il dato essenziale che condiziona il provvedimento espropriativo. La scelta del bene da espropriare — e cioè l'estrinsecazione del solo potere discrezionale riconosciuto nel far luogo allo scorporo — è un mero *posterius*, il quale attiene — per dirla in modo espressivo, anche se non rigorosamente esatto — alla fase di *esecuzione* dello scorporo. L'operazione essenziale e centrale della procedura — quella intorno alla quale e in funzione della quale tutto il sistema ruota — è il calcolo dell'aliquota da scorporare (determinata in chiave di imponibile). La individuazione dei terreni da trasferire in concreto all'Ente fondiario rappresenta nient'altro che la traduzione in pratica — in base a criteri discrezionali — di quella operazione funzionalmente preminente.

Che poi un medesimo atto amministrativo (nella specie il provvedimento di scorporo) possa presentarsi sotto alcuni profili come lesivo di diritti e sotto altri come lesivo di interessi legittimi — con la conseguente necessità di far valere in sede diversa i vizi che lo inficiino sotto l'uno o sotto l'altro profilo — è fenomeno abbastanza frequente, connesso al fatto che la disciplina giuridica dei pubblici poteri può prendere in immediata e diretta considerazione sotto certi aspetti e non sotto certi altri gli interessi privati collidenti con l'esercizio di quei poteri: ed è fenomeno riconosciuto tanto dalla giurisprudenza, quanto dalla dottrina (Cass., Sez. un., 30 luglio 1945, n. 646, *Foro it.*, 1946, I, 307; Cons. di Stato, IV Sez., 20 dicembre 1950, n. 619, *id.*, 1951, III, 27; Ad. plen. 17 dicembre 1951, n. 10, *id.*, Rep. 1951, voce *Tassa sul consumo*, n. 88; 17 dicembre 1951, n. 13, *id.*, 1952, III, 248; SANDULLI, *Questioni recenti*, cit., 1077 seg., e ivi altre indicazioni, nonchè l'ampia trattazione di CASETTA, *op. cit.*, 648 segg.).

L'argomentare poi — per negare natura di diritto alla posizione giuridica del proprietario in relazione alla determinazione del *quantum* — dalla considerazione che, prima della concreta individuazione del fondo da espropriare, non si ha lesione

di diritti, in quanto non esiste un «diritto alla estensione del fondo» (in astratto), bensì semplicemente un diritto al fondo Tuscolano o al fondo Capenate, o a singole porzioni di fondo specificamente individuate, è trascurare, in primo luogo, che non esiste soltanto il diritto soggettivo al fondo Capenate o al fondo Tuscolano, o a singole porzioni di essi, ma altresì il diritto soggettivo al patrimonio, genericamente considerato: esiste non soltanto il diritto *di proprietà*, ma altresì il diritto *alla proprietà*. Ed è inoltre trascurare che la determinazione del *quantum expropriandum*, erronea in eccesso, viene a gravare, in ultima analisi, proprio sul diritto al fondo Tuscolano o al fondo Capenate o alle singole porzioni di essi, consentendo al potere di scelta dei terreni da scorporare di esercitarsi sui fondi stessi, o su porzioni di essi, su cui — ove le tassative disposizioni legislative della materia fossero osservate — non potrebbe esercitarsi.

Non può esser recata in dubbio la pertinenza alla esistenza del potere (e non semplicemente all'esercizio del potere) delle disposizioni riguardanti i limiti di contenuto dei provvedimenti da adottare discrezionalmente o degli oggetti in relazione ai quali i provvedimenti stessi possano essere adottati (cfr. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amm.*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, 32; CASETTA, *op. cit.*, 640).

Se la legge consente di espropriare 100 dei 300 ettari che un proprietario possiede, e ne vengono espropriati 200, non è possibile negare che sia stato violato un diritto (e non un mero interesse legittimo) del proprietario. Nè più nè meno di come non può esser negata la violazione di un diritto soggettivo nel caso che una sanzione amministrativa (p. es., la chiusura di un pubblico esercizio o la decadenza di una concessione, o una pena pecuniaria), discrezionale nell'adozione o nella misura, sia stata comminata fuori dei casi previsti dalla legge (ad es., nei confronti di chi non abbia commesso alcun illecito amministrativo, o di chi sia addirittura estraneo all'ordinamento particolare nel cui ambito operi il potere sanzionatorio *de quo*), o comunque in misura più grave di quella consentita dalla legge (p. es., chiusura di un pubblico esercizio per un tempo più lungo di quello consentito).

4. — Esattamente, infine, la sentenza che si annota ha negato che rappresenti violazione di un diritto la mancata osservanza delle norme relative al momento della determinazione della indennità di espropriazione

Non v'ha dubbio che in ordine alla liquidazione dell'indennità l'espropriato abbia un vero e proprio diritto. Se però la liquidazione debba o non aver luogo previamente all'espropriazione è questione che attiene al modo dell'*esercizio* del potere di espropriazione, e non quindi al diritto all'indennità, nè all'essenza del potere di espropriazione. Così come attengono all'esercizio del potere tutti i vizi comunque inerenti alla procedura relativa alla determinazione dell'indennità (cfr. Cons. di Stato, V Sez., 8 novembre 1944, n. 10, *Foro it.*, Rep. 1943-45, voce *Espropriazione per p. i.*, nn. 22, 23; e, per implicito, Cons. di giust. amm. per la Reg. sicil., 30 aprile 1953 n. 107, cit.).

Sulla sopravvivenza delle giurisdizioni speciali al termine fissato per la loro «revisione»

Pubblicato in

Giurisprudenza Costituzionale
Milano, 1956, I, pp. 965-972

È stata frequentemente sollevata in questi ultimi tempi la questione della sopravvivenza delle giurisdizioni speciali. La questione è stata anzi di recente rimessa da qualche giudice comune alla Corte costituzionale (1).

Essa può quindi dirsi di attualità, e merita che ci si occupi ancora di essa.

Dall'art. 102 Cost. — e ancor più dai lavori preparatori — risulta palese che i padri della Costituzione, mossi dall'impulso di prevenire quel fenomeno di eccessiva corrività del legislatore (e non dal solo legislatore fascista (2)) alla istituzione di giudici speciali, ebbero a riguardare questi ultimi organi con disfavore di gran lunga più intenso di quello che più meditate riflessioni ebbero poi ben presto a far ritenere che meritassero (3). Essi perciò, dopo aver enunciato nel 1° comma dell'art. 102 Cost. il principio che « la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario », aggiunsero subito, nel principio del 2° comma, che « non possono essere istituiti giudici straordinari, nè giudici speciali ». Dai lavori preparatori risulta che i costituenti si ripromettevano non soltanto di statuire il *divieto di istituire* nuovi giudici speciali, ma altresì di statuire la *eliminazione* di quelli preesistenti alla Costituzione (4). Peraltro la realizzazione di quest'ultimo intento venne rimessa alle disposizioni transitorie e finali (5) (infatti la citata norma del 2° comma dell'art. 102 si limitò a enunciare il divieto della « *istituzione* », e non anche

---

(1) V. l'ordinanza del Tribunale Bologna 10 gennaio 1956, Zappi c. Cooperativa Casa Serena, in questa *Rivista, retro*, p. 699 con osservazioni e richiami.

(2) Basti pensare alle numerose giurisdizioni speciali create nel recente periodo post-bellico in materia di locazioni e di contratti agrari.

(3) Vedi MORTATI, *Il ricorso in cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1949, I, 230; ALLORIO, *Sulla riforma del procedimento di imposizione e sulla disegnata riforma del processo tributario*, in *Moneta e credito* 1951, p. 9 sg. dell'estr.; GUARINO, *Contenzioso tributario e giurisdizioni speciali*, in *Foro it.* 1954, III, 114; ANDRIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella Cost. della Repubblica* (1954), in *Dir. e giur.* 1956, 119 ss.

(4) Vedi part. le dichiarazioni dell'on. Leone, e quelle dell'on. Ruini, nei *Resoconti dell'Ass. Cost.*, rispettivamente p. 2333 e 2337. Per altre citazioni vedi ANDRIOLI, *op. cit.*, 120.

(5) Vedi le dichiarazioni dell'on. Ruini, cit.

quello della «*esistenza*» di giudici speciali (6)); e anzi, in definitiva, risultò poi abbandonata (7).

Da un lato, infatti, l'art. 111, 2° comma (norma, la quale, data la sua collocazione, non può, per ovvie ragioni sistematiche, esser considerata di diritto transitorio (8)) espressamente prevede la sopravvivenza di giudici speciali all'attuazione della Costituzione, se contempla il ricorso in cassazione per violazione di legge, tra l'altro, contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati da «organi giurisdizionali speciali». Nè può ritenersi che con tale espressione ci si sia voluti riferire ai soli giudici speciali contemplati dall'art. 103 (9) (i soli che originariamente si era pensato di far sopravvivere). Infatti contro le decisioni di quelli contemplati nel 1° e nel 2° comma di quest'articolo il ricorso in cassazione per violazione di legge non è ammesso (contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, perchè l'ult. comma dell'art. 111 lo esclude espressamente; contro le decisioni degli «altri organi di giustizia amministrativa», cui si riferisce il 1° comma dell'art. 103, perchè essi sono inquadrati insieme al Consiglio di Stato in un medesimo ordine giurisdizionale composito (10) (11), e sono governati

(6) Cfr. ALLORIO, *op. cit.*, 13; ANDRIOLI, *op. cit.*, 124; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, 3ª ed., Napoli 1955, p. 494 e nota 38 ivi, nonchè p. 515. *Contra*, tra gli altri, LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sist. della Cost. ital.*, a cura di CALAMANDREI e LEVI, Firenze 1950, II, 199 ss.; MORTATI, *op. cit.*, 231 ss.; STENDARDI, *Sulla condizione delle giurisdizioni speciali dopo il 1° gennaio 1953*, in *Foro pad.* 1954, IV, 29 ss., nonchè AZZARITI e BASCHIERI, BIANCHI D'ESPINOSA e GIANNATTASIO, cit. più avanti. Il divieto di istituzione di nuove giurisdizioni speciali importa, naturalmente, anche il divieto di conferire a quelle esistenti attribuzioni nuove (sia pure in precedenza spettanti ad altre preesistenti giurisdizioni speciali). Sul problema vedi CAPACCIOLI, *Contenzioso in mat. di imposta sull'entrata*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 1951, I, 366.

(7) Vedi, però, in senso contrario, gli autori contrari alla tesi accolta nel testo, di cui alla nota 6.

(8) Cfr. GUARINO, *op. cit.*, 115. *Contra* MORTATI, *op. cit.*, 233. Perplesso ANDRIOLI, *op. cit.*, 121 s.

(9) GUARINO, *op. cit.*, 115, nega addirittura che dalla Costituzione tali giudici — e cioè il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e i Tribunali Militari — vengano considerati giurisdizioni speciali. Ma si tratta di tesi oltranzista. Essa è in chiaro contrasto col 1° comma della VI disp. trans., dove tali giudici vengono espressamente considerati far parte degli «organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti».

(10) Su tale concetto, vedi SANDULLI, *Sulla nat. del Consiglio di giust. amm. per la Regione siciliana*, in *Giust. civ.* 1955, I, 1587.

(11) Non può esser condivisa la tesi di GUARINO, *op. cit.*, 116, secondo la quale con l'espressione «altri organi di giustizia amministrativa» il 1° comma dell'art. 103 avrebbe voluto riferirsi a *qualsiasi* giurisdizione speciale amministrativa, e non soltanto a quegli organi, strettamente imparentati col Consiglio di Stato (per la specifica indicazione dei quali, vedi SANDULLI, *Manuale*, cit., 515); con la conseguente ammissibilità della istituzione, anche in futuro, di qualsiasi nuova giurisdizione speciale amministrativa (dovendosi quindi il divieto contenuto nella prima parte del 2° comma dell'art. 102 riferirsi alle sole giurisdizioni speciali non amministrative; nei medesimi sensi della tesi del Guarino, vedi, al riguardo, CERETI e MAFFEZZONI, da lui stesso ricordati, *loc. cit.*). A parte gli argomenti di ordine storico (vedi SANDULLI, *loc. cit.*), e a parte lo stretto collegamento in cui nella disposizione in esame «gli altri organi di giustizia amministrativa» vengono tenuti col Consiglio di Stato

dalle regole proprie del Consiglio di Stato, onde è da ritenere che la disciplina del ricorso in cassazione relativa a questo si estende anche a essi (12)). E, una volta escluso che tra gli « organi giurisdizionali speciali » cui si riferisce il 2° comma dell'art. 111 siano da comprendere quelli contemplati nel 1° e nel 2° comma dell'art. 103, è a sua volta chiaro che con quella espressione la Costituzione non abbia potuto voler riferirsi ai soli altri giudici speciali contemplati dallo stesso articolo, e cioè ai Tribunali militari. Ove così avesse voluto, sarebbe stato, oltre che più semplice, assai più logico, anzichè usare l'espressione comprensiva « organi giurisdizionali speciali », dire puramente e semplicemente « Tribunali militari », così come si fece, del resto, (e ciò conferma quanto si viene esponendo) nella seconda parte del medesimo comma, dove è contenuta una disposizione a fattispecie esclusiva riflettente soltanto i Tribunali militari (13).

D'altro lato, a sua volta, la VI disp. trans. non contempla affatto quella « trasformazione » delle giurisdizioni speciali in organi della giustizia ordinaria, che era stata prevista dalla Assemblea Costituente in sede di discussione dell'art. 102; bensì si limita a disporre — fissando il termine di cinque anni — la « revisione » degli organi speciali di giurisdizione preesistenti alla Costituzione (salvo per il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e i Tribunali militari). E il concetto di « revisione » è ben diverso da quello di « trasformazione » (14). Esso si riferisce infatti soltanto all'obbietto *a quo*, e non anche a quello *ad quem*, dal quale prescinde. Importa cioè soltanto la necessità di un *riesame* dell'entità esistente (nella specie, naturalmente, alla stregua del criterio pronunciatamente critico, che ispirò il legislatore costituente nei confronti delle

(mostrandosi chiaramente di considerarli come organi di una sola famiglia, e cioè di un unico ordine giurisdizionale), sembra decisivo contro la riferita tesi l'argomento che può ricavarsi dal fatto che, qualora sotto la ripetuta espressione si fossero volute comprendere indiscriminatamente tutte le guirisdizioni speciali amministrative, non sarebbe stato necessario destinare a una di esse — e precisamente alla Corte dei conti — il 2° comma dell'art. 103, dovendosi anch'essa ritener contemplata nel 1° comma.

(12) Infatti dalle decisioni che il Consiglio di giustizia amm. per la Reg. siciliana emette in ultimo grado non è dato ricorso in cassazione (d.lg. 6 maggio 1948 n. 654).

(13) Un ulteriore argomento in favore della sopravvivenza di giurisdizioni speciali diverse da quelle contemplate dall'art. 103 si vorrebbe da taluno ricavare dalla disposizione dell'art. 108, 2° comma, secondo la quale « la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali » (ANDRIOLI, *op. cit.*, 121; GUARINO, *op. cit.*, 116). L'argomento però non pare sufficiente, dato che nulla esclude che la citata disposizione si riferisca appunto alle giurisdizioni contemplate dall'art. 103. Nè l'affermazione dell'ANDRIOLI, *loc. cit.*, secondo cui per l'indipendenza dei magistrati della Corte dei conti e del Consiglio di Stato la norma dell'art. 108 sarebbe un inutile doppione di quella già garantita dall'ult. comma dall'art. 100, appare esatta, dato che quest'ultimo articolo non riguarda affatto la funzione giurisdizionale dei predetti organi; e in astratto non può escludersi che venga assicurata l'indipendenza ai componenti della Corte dei conti e del Consiglio di Stato addetti alle funzioni previste dall'art. 100, e non anche a quelli addetti alle funzioni previste dall'art. 103.

(14) Cfr. ALLORIO, *op. cit.*, 14; ANDRIOLI, *op. cit.*, 126 ss.

giurisdizioni speciali), ai fini della *eventuale* adozione di provvedimenti positivi; ma non importa *necessariamente* nè la *soppressione*, nè la *trasformazione*, secondo schemi predeterminati, della entità stessa. Non esclude quindi affatto la possibilità della *conservazione* immodificata della entità originaria, sempre che essa, sottoposta a revisione, si riveli non incompatibile coi criteri di quest'ultima. I quali — secondo quanto pare corretto ritenere — dovrebbero ispirarsi alla conservazione di un limitato numero di giurisdizioni speciali, assicurando in esse — qualora non le posseggano (che è l'ipotesi più frequente) — garanzie certe di indipendenza e di obbiettività (art. 108 e 111 Cost.) e di effettivo diritto di difesa (art. 24, 2° comma) (15).

Ove si accettino tali concetti, è evidente che la mancata osservanza, da parte del Parlamento, del termine posto dalla VI disposizione transitoria della Costituzione per la revisione delle giurisdizioni speciali diverse da quelle espressamente esentatene, se rappresenta indubbiamente la viloazione di un dovere costituzionale, non può peraltro risolversi nell'automatica caducazione delle giurisdizioni stesse, ben potendo esse sopravvivere nonostante la revisione.

* * *

Soltanto per scrupolo teorico si vuole però aggiungere che, quando anche la « revisione » prevista dalla VI disp. trans. dovesse essere intesa come necessità o di soppressione degli organi di giurisdizione speciale esistenti, o di trasformazione di essi in organi specializzati della giurisdizione ordinaria, l'inosservanza da parte del Parlamento del termine quinquennale imposto non può comunque importare l'automatica caducazione degli organi di giurisdizione speciale non « revisionati ».

La tesi della automatica caducazione di essi venne autorevolmente sostenuta, in dottrina, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione (16). Ma ben presto, particolarmente in giurisprudenza, ci si rese conto della sua insostenibilità (17).

È fuori dubbio che la disposizione transitoria in questione impone al Parlamento un vero e proprio dovere giuridico (18). Occorre peraltro

(15) Cfr. ANDRIOLI, *loc. ult. cit.*

(16) AZZARITI, *Giurisdizioni speciali e sezioni specializzate*, in *Foro it.* 1949, IV, 19; nonchè gli altri autori contrari alla tesi accolta nel testo, cit. sub nota 6. Dopo lo scadere del quinquiennio previsto dalla VI disp. trans., MORTATI, *Le giurisdizioni speciali*, in *Rass. dir. e tecn. doganale* 1954, p. 7 dell'estratto è tornato sulla sua opinione. Alla tesi aderisce invece ancora STENDARDI, *op. cit.*, 27 ss.

(17) Cass. pen. 15 gennaio 1949, in *Arch. pen.* 1949, II, 267; 25 febbraio 1950, in *Giur. compl. cass. pen.* 1950, I, 211; Cass. civ. 28 novembre 1953 n. 3624, in *Giur. it.* 1955, I, 1, 113; 17 febbraio 1954 n. 402, in *Giur. it.* 1954, I, 1, 217; 17 febbraio 1954 n. 403, in *Foro pad.* 1954, I, 225; 24 aprile 1954 n. 1200, in *Giur. compl. cass. civ.* 1954, III, 286; 7 ottobre 1954 n. 3358, *ivi*, V, 434. Particolarmente felice, al riguardo, la motivazione della Comm. prov. imp. dir. di Firenze 12 novembre 1953, in *Foro it.* 1954, III, 110.

(18) Non è esatto quindi configurare la disposizione come meramente programmatica (così, p. es., Cass. 17 febbraio 1954 n. 402, cit.; 28 novembre 1953 n. 3624, cit.).

stabilire quale sia la natura del termine fissato per l'adempimento di tale dovere, e quali le conseguenze della inosservanza del termine.

È nota, ma non sufficientemente approfondita, la classificazione dei termini previsti per l'esplicazione di attività giuridicamente rilevanti (19). Dei termini possono essere imposti (in via normativa o in via convenzionale) per l'esplicazione di una posizione soggettiva di vantaggio (per es., per l'esercizio del potere di proposizione di un ricorso; per l'esercizio della facoltà di sopraelevare un fabbricato) ovvero per l'esplicazione di una posizione soggettiva di svantaggio (per es., per l'adempimento dell'obbligo di consegnare una cosa; per l'adempimento del dovere di scarcerazione del detenuto che abbia scontato la pena).

Prescindendo dai termini *dilatori* che qui non interessano (essi sono quelli prima della cui scadenza non è consentito il compimento dell'attività), e avuto riguardo ai soli termini *acceleratori* (che sono quelli destinati a dare impulso all'attività), i termini si distinguono in *perentori* (o *essenziali*) e *comminatori* (o *semplici*), a seconda che (a prescindere da altre eventuali sanzioni) la scadenza faccia o non venir meno la possibilità di esplicare utilmente l'attività di cui trattisi. Per continuare a riferirci agli esempi portati più sopra, l'nosservanza del termine perentorio produce di volta in volta la decadenza dal potere di ricorso e dalla facoltà di sopraelevare; e negli esempi della non tempestiva consegna della cosa, e della non tempestiva scarcerazione, dà luogo ad un illecito civile e penale.

Un termine acceleratorio — vuoi comminatorio, vuoi perentorio — può essere imposto anche al dovere di porre in essere degli atti giuridici (atti *dovuti*): per es., un atto di rinuncia ad un diritto, una sentenza, un atto normativo di diritto privato (per es., regolamento di condominio) o di diritto pubblico (per es., regolamento di esecuzione di una legge), la istituzione di un nuovo organo, ecc. Anche in tali casi l'inosservanza del termine si risolve in una infrazione, e quindi in un illecito (di volta in volta privato, pubblico, politico). Nei casi stessi però il fenomeno è reso più complesso dal fatto che l'emanazione di un atto è sempre estrinsecazione di un potere (20); e quindi, nella specie, oltre a rappresentare l'adempimento di un dovere (posizione giuridica di svantaggio), è anche la estrinsecazione di una posizione giuridica di vantaggio: quella sottostante al potere che nell'atto si esprime.

Ora, il fatto che al dovere di porre in essere l'atto sia imposto un termine perentorio non significa necessariamente che un altrettale termine sia imposto anche all'esercizio del potere. Il fatto che tale esercizio sia nella specie doveroso, e debba aver luogo in un termine del pari doveroso, non significa cioè necessariamente che con la scadenza del termine esso non sia più possibile (e quindi che il potere venga meno): non significa cioè che il termine, perentorio per l'osservanza del dovere, sia tale anche per l'esercizio del potere. Può anzi con sicurezza enunciarsi la

(19) Vedi, anche per la bibliografia, ZAPPULLI, *Termine (diritto civile)*, in *Nuovo Digesto ital.*, XII, 2°, 59 ss.; COSTA, *Termini (diritto processuale civile)*, *ibidem*, 65 ss.

(20) SANDULLI, *Manuale*, cit., 58.

regola che nel campo dei poteri pubblici di esercizio obbligatorio, il mancato esercizio del potere nel termine di dovere, se rappresenta sempre una infrazione, non fa tuttavia, perciò solo, venir meno il potere (il che fa ritenere comunemente — ma non esattamente — che in tutti i casi in cui sia disposto che l'autorità debba porre in essere un provvedimento entro un dato termine, quest'ultimo sia meramente comminatorio).

È vero che sono frequenti i casi in cui l'ordinamento fissa un termine per l'esercizio di un pubblico potere, con la conseguenza che il potere stesso venga meno alla scadenza del termine. Basti pensare, come al caso più noto, ai limiti temporali della delega di potestà legislativa al Governo. Ma gli esempi sono numerosissimi (sono posti dei termini all'esercizio della potestà disciplinare: art. 110 d.lg. 11 gennaio 1956 n. 17; all'esercizio della potestà di imposizione tributaria: art. 24 t.u. 5 luglio 1951 n. 573, ecc.). Quel che però si vuol sottolineare è che il fatto che dei pubblici poteri abbiano un termine di scadenza di solito non si verifica in quei casi, nei quali l'esercizio del potere costituisca un dovere (21). Ciò inerisce al fatto che in tali casi l'obbiettivo primario è sempre che il potere venga esercitato, assumendo, rispetto a esso, carattere secondario il più modesto obbiettivo della tempestività dell'esercizio.

Nè è difficile, al riguardo, la ricerca di esempi. È pacifico che l'inosservanza dei termini prescritti dagli art. 186 e 279 ult. comma c.p.c. per il deposito delle ordinanze, e dagli art. 64 e 120 disp. att. c.p.c. per il deposito delle sentenze non fa venir meno il potere dei giudici di provvedere (v. infatti l'ult. comma dell'art. 55 c.p.c.); che l'inosservanza del termine prescritto dall'art. 31, 2° comma, della legge urbanistica (l. 17 agosto 1942 n. 1150) non fa venir meno il potere del Sindaco di adottare le proprie determinazioni sulle domande di licenza edilizia; che l'inosservanza del precetto dell'art. 95, 1° comma, r.d. 30 settembre 1938 numero 1631 (sui servizi e il personale sanitari degli ospedali), che imponeva ai Prefetti di far luogo alla classificazione degli istituti di cura entro un anno dalla pubblicazione del decreto stesso, non ha fatto venir meno il potere prefettizio di classificazione; che la mancata introduzione da parte degli enti locali nei rispettivi regolamenti organici, entro tre mesi dall'entrata in vigore del d.lg. 5 febbraio 1948 n. 61, delle norme sul trattamento giuridico ed economico del personale non di ruolo previste da quel decreto, non ha fatto venir meno la relativa potestà; ecc. ecc.

Quanto si è detto vale certamente — e a maggior ragione, data la posizione costituzionale degli organi — per tutti i termini imposti dalle disposizioni transitorie della Costituzione al Parlamento per la istituzione di enti ed organi, per la disciplina di istituti, ecc. (oltre al 1° comma, v. il 2° comma della disp. VI, nonchè le disposizioni VIII, IX e XVI, riflettenti rispettivamente i Tribunali militari, la costituzione delle Regioni, l'adeguamento della legislazione statale alle esigenze dell'autono-

(21) Vale la pena di ricordare a tal riguardo che nel nostro ordinamento il potere sostitutorio — e cioè il potere dell'autorità di vigilanza di sostituirsi alle autorità controllate che abbiano omesso atti dovuti — non importa lo spodestamento (e cioè la perdita della potestà di provvedere) dell'autorità controllata (p. es., art. 19, 5° comma e art. 104 t.u. com. e prov. 1934).

mia locale, la revisione ed il coordinamento delle precedenti leggi con la Costituzione). Termini nessuno dei quali è stato osservato.

Ecco perchè la questione se il termine di cinque anni previsto dal 1° comma della VI disp. trans. Cost. sia stato o meno voluto come perentorio (22) ha ben poca rilevanza, non potendo tale carattere, eventualmente impresso al dovere di osservanza del termine, implicare, alla scadenza di questo, la cessazione del potere (23), e non potendo quindi la inosservanza del termine perentorio, sotto il profilo in questione, importare altra conseguenza fuori della sanzione politica a carico del Parlamento, per l'illecito costituzionale incorso (sanzione concretantesi — e concretatasi — nella critica della opinione pubblica, e in particolare della opinione qualificata dei giuristi, ed eventualmente destinata a tradursi in mutamenti degli orientamenti elettorali).

* * *

Resta però da vedere se, ad onta della mancanza di conseguenze in ordine alla residua potestà del Parlamento *in subjecta materia*, l'inosservanza del termine costituzionale abbia potuto importare sotto altro aspetto, e precisamente sotto quello — particolarmente importante ai fini della presente ntoa — della sopravvivenza o meno dei giudici speciali, che entro il prescritto termine avrebbero dovuto esser sottoposti a « revisione », e non lo furono.

È facile osservare al riguardo che una simile conseguenza — contrariamente a quanto si è spesso ritenuto — è estranea al carattere perentorio o meno del termine. Il significato della perentorietà è stato più sopra analizzato. Esso attiene esclusivamente al *potere* dell'agente. E la perentorietà opera esclusivamente in relazione al *potere*, e agli *atti* che ne rappresentino estrinsecazione (rendendoli eventualmente inoperanti). Non estende dunque la sua azione agli *obbietti* in ordine ai quali il potere avrebbe dovuto essere esercitato, e non lo fu.

Se delle conseguenze vogliono farsi discendere in ordine a tali obbietti dalla inosservanza di un termine imposto perentoriamente per l'esercizio del potere, tali conseguenze debbono quindi trovare *altrove* la propria fonte, e non nella perentorietà di quel termine (24). Occorre cioè accertare la esistenza di una norma cui specificamente simili conseguenze possano collegarsi.

---

(22) Nel senso della perentorietà di tutti i termini fissati dalle disposizioni transitorie e finali della Costituzione, v. BALLADORE-PALLIERI, *La Cost. ital. nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.* 1954, IV, 46. Con particolare riferimento al termine del 1° comma della VI disp. trans., oltre LESSONA, AZZARITI, STENDARDI, *locc. citt.*, v. BASCHIERI, BIANCHI D'ESPINOSA, GIANNATTASIO, *Commentario alla Cost. ital.*, Firenze 1949, 453.

(23) Il che spiega, ma non giustifica, che talvolta la norma che ha imposto il termine sia stata considerata meramente programmatica. V. *supra*, nota 18.

(24) Ciò sembra avvertito dall'AZZARITI, *op. cit.*, 17, il quale — senza peraltro darne dimostrazione — dice che « la VI disp. trans. pone il termine non soltanto per il legislatore, ma *altresì* per l'attività delle giurisdizioni speciali preesistenti ».

Nel caso in esame occorrerebbe dunque trovare nella Costituzione una norma, la quale — a prescindere dalla perentorietà del termine indicato dal 1° comma della VI disp. trans. (che non risulta, e, come si ripete, ove ricorresse, avrebbe tutt'altro valore) — disponesse l'automatico venir meno delle giurisdizioni speciali non «revisionate» entro il quinquennio.

Ora, tale norma — la quale sarebbe, del resto, contraria alle direttive generali dell'ordinamento (25) — non è ravvisabile nè nella citata disposizione, nè altrove. Anzi la VI disp. trans. implica una norma dal contenuto del tutto opposto, rivelando chiaramente che l'intento legislativo fu quello di condizionare alla «revisione» delle attuali giurisdizioni speciali le eventuali modificazioni delle competenze di esse. D'onde l'inammissibilità di considerare le giurisdizioni stesse venute meno prima e indipendentemente da quella «revisione» (26).

* * *

Concludendo, non sembra possa dubitarsi che le giurisdizioni speciali preesistenti alla Costituzione siano tuttora legittimamente esistenti; e continueranno a esserlo fin quando il Parlamento, in sede di «revisione», ai sensi della VI disp. trans. Cost., ove ritenga di non doverle conservare, non ne avrà deliberato la trasformazione in organi specializzati della giurisdizione ordinaria o la soppressione. Non può quindi convenirsi con chi considera inesistenti le pronuncie da esse emanate successivamente al 31 dicembre 1952.

(25) È il caso di ricordare che altre disposizioni costituzionali, le quali prevedevano l'immediata soppressione di enti e di organi, sono state interpretate nel senso della non operatività di esse, fin quando non si fosse provveduto — in modo effettivo e organico — alle necessarie trasformazioni istituzionali (vedi la sent. Alta Corte per la Reg. siciliana, 20 marzo-13 aprile 1951, in *Atti Alta Corte*, II, Milano 1954, 644 ss., riferentesi alla soppressione delle prefetture in virtù dell'art. 15 St. sic.). Il che risponde alla fondamentale esigenza di ogni sistema organizzatorio, nel quale *tout se tient*, e nel quale quindi non è possibile la eliminazione non ragionata — e non previamente predisposta e coordinata — di singoli elementi strutturali.

(26) Vedi il concetto esposto nell'ultimo periodo della nota precedente.

Collegamenti e conseguenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1958, pp. 212-215

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1958 n. 282, *ibid.*, p. 211; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 31 GENNAIO 1958 N. 282; PRES. PASQUERA, EST. FLORE, P. M. POMODORO (CONCL. CONF.); UFF. PROVINCIALE DELL'AQUILA PER I CONTRIBUTI UNIFICATI (AVV. SEQUI) C. TORLONIA (AVV. PICCARDI).

Qualora si discuta non sul modo di essere dell'azione amministrativa, ma sul fondamento di questa, cioè sull'esistenza di un rapporto giuridico (nella specie: tributario) e quindi sulla violazione di una norma che di questo rapporto disciplina i presupposti, appartiene al giudice ordinario e non al Consiglio di Stato la cognizione della controversia (nella specie: controversia sull'obbligo di pagamento dei contributi agricoli unificati, relativi a mano d'opera assunta in esecuzione di decreto prefettizio sull'imponibile di mano d'opera).

Il principio della duplice tutela giuridica degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi va inteso nel senso dell'esistenza di autonome e distinte posizioni soggettive, le une (interessi legittimi) profilantisi in una fase anteriore del procedimento amministrativo dal quale i singoli si pretendono lesi, le altre interessate dallo sviluppo terminale del procedimento stesso, nel quale si produce l'incidenza su diritti soggettivi perfetti, prima non toccati dagli atti del procedimento in corso.

Dalle norme che consentono attività della pubblica amministrazione incidenti sul patrimonio dei privati, certamente dettate nell'interesse pubblico, non scaturisce una tutela immediata del privato, che può invocarla qualora esse siano applicate al di fuori dei loro presupposti, in ipotesi nelle quali il potere di incidenza sul patrimonio privato non sussisterebbe.

1. È assai frequente il fenomeno che posizioni di diritto soggettivo si colleghino a posizioni di interesse legittimo. Nè la constatazione di esso è recente. Basti ricordare che l'attribuzione al Consiglio di Stato della giurisdizione esclusiva in alcune materie — attribuzione ormai remota, risalendo a trentacinque anni fa — fu tra l'altro dovuta alle difficoltà, rivelate dall'esperienza, della discriminazione delle competenze giurisdizionali, che appunto tale fenomeno determinava in quelle materie.

I casi pei quali è stata istituita la giurisdizione esclusiva non sono però i soli dove dei collegamenti tra diritti e interessi si verifichino. Il campo dove il fenomeno si riscontra è ben più vasto. Di qui l'opportunità di procedere al riguardo a qualche esemplificazione (non senza segnalare l'opportunità di una meditata classificazione).

a) Può darsi che un diritto soggettivo (p. es., proprietà) sia esposto a esser sacrificato da un provvedimento della Pubblica Amministrazione (p. es., decreto di requisizione). In tal caso si suol dire che il diritto affievolisce di fronte al potere dell'Amministrazione: infatti il titolare del diritto non vanta rispetto alla P.A., investita del potere in questione, se non un interesse legittimo a che il potere venga esercitato *secundum jus*. Qui il diritto è immediato ed essenziale presupposto dell'interesse legittimo, il quale direttamente ne deriva e ne dipende; di tal che, qualora il primo non esista, il secondo non può sorgere, e il primo costituisce titolo di legittimazione del soggetto in ordine al secondo.

b) Può darsi che un diritto soggettivo (p. es., proprietà; libertà di iniziativa economica) non possa trovare estrinsecazione in una certa direzione (p. es., costruzioni edili; trasferimento di farmacie), se non una volta che l'Amministrazione abbia a ciò prestato il proprio consenso, nell'esercizio di un potere destinato a riscontrare la conformità dell'estrinsecazione stessa a regole giuridiche, tecniche, o di convenienza amministrativa (p. es., licenza comunale edilizia; autorizzazione ai sensi dell'art. 369 t.u. leggi sanitarie). In tali casi il diritto, pur essendone indubbia l'esistenza fin dal principio, resta fino all'intervento del provvedimento di consenso, in attesa di espansione; e, rispetto al potere amministrativo, la posizione giuridica del soggetto titolare del diritto che attende di potersi espandere è una mera posizione di interesse legittimo (a che il potere pubblico venga correttamente esercitato). Anche qui il diritto è immediato ed essenziale presupposto dell'interesse legittimo, che direttamente ne deriva e ne dipende, e non può esistere se non in quanto esista il primo; e questo anche qui si pone come titolo di legittimazione del soggetto in ordine al secondo. Però, a differenza del caso di cui *sub a*), qui l'interesse non attiene alla difesa, bensì all'espansione del diritto.

c) Può darsi che la posizione giuridica di un soggetto in ordine a un bene della vita si atteggi come diritto soggettivo nei confronti di certi soggetti, e come interesse legittimo nei confronti di altri. Il proprietario di un immobile vanta un diritto soggettivo (di volta in volta di natura reale o di natura personale) a che il proprio vicino non costruisca in violazione delle norme dei regolamenti comunali edilizi (rispettivamente integrative o non integrative del codice civile) arrecando danno alla sua proprietà; e il fatto di poter essere sacrificato da simili opere in un diritto soggettivo (di volta in volta reale o personale) lo rende a sua volta portatore di un interesse legittimo a che l'Amministratore comunale non conceda al vicino licenze di tal fatta. Qui tra il diritto e l'interesse si riscontra un collegamento meno diretto e immediato rispetto a quello riscontrato nei casi precedenti, in quanto le due posizioni giuridiche attengono a rapporti relativi a soggetti diversi, e tra esse non si verifica tanto un condizionamento, quanto un collegamento parallelo a un medesimo centro di rilievo, costituito dall'interesse a non subire un certo danno.

d) Può darsi ancora che una posizione di interesse legittimo rappresenti necessaria premessa nello svolgimento di un procedimento destinato a culminare nell'acquisto di un diritto. Solo colui il quale abbia preso parte a una gara (vantando quindi un interesse legittimo — cui

si contrappongono quelli dei controinteressati — in ordine al risultato di questa) può esserne dichiarato vincitore, e, in quanto tale, diventare portatore di una pretesa in ordine all'acquisto dei diritti soggettivi assicurati al vincitore della gara (premio; stipulazione di un contratto; nomina a un ufficio; ecc.). Soltanto gli enti locali che abbiano richiesto la necessaria autorizzazione (vantando quindi un interesse legittimo — cui si contrappongono quelli dei controinteressati — in ordine all'ottenimento dell'autorizzazione), e, una volta autorizzati, abbiano esercitato il potere d'imposizione, possono legittimamente pretendere di esercitare il diritto di riscossione di certi particolari tributi (p. es., quelli sui generi di larga produzione locale). In simili casi, però, pur esistendo un indubbio legame tra la posizione di interesse legittimo e quella di diritto soggettivo che la prima mena ad acquistare, non può dirsi che la prima rappresenti un presupposto, e tanto meno un titolo di legittimazione, della seconda, non potendo la pretesa assurgere a titolo di legittimazione (la stipulazione del contratto con un soggetto diverso dal vincitore della gara non è un atto inesistente per inidoneità del soggetto, come lo sarebbe, ad es., una espropriazione fatta in persona di un soggetto diverso dal proprietario; ma è semplicemente un atto illegittimo per mancanza di un presupposto di legge).

In tutti questi casi — indubbiamente eterogenei —, e negli altri che una analisi approfondita potrebbe facilmente aggiungervi, si riscontra un « collegamento » tra *posizioni* di diritto soggettivo e *posizioni* di interesse legittimo.

2. Ma il fenomeno del « collegamento » di *questioni* di diritti soggettivi con *questioni* di interessi legittimi è assai più ampio, involgendo esso non soltanto casi di collegamento tra posizioni soggettive.

a) Può darsi che alla risoluzione di una questione di diritti soggettivi si colleghi la soluzione di questioni di interessi legittimi. P. es., soltanto una volta definito chi sia il proprietario di un immobile (questione di diritto soggettivo) può stabilirsi se la procedura di espropriazione di quel bene (che investe interessi legittimi), fatta in persona di un certo soggetto, sia o non valida.

b) Può darsi che alla risoluzione di una questione di interessi legittimi si colleghi la soluzione di questioni di diritti soggettivi. P. es., soltanto una volta definito se la procedura di una certa espropriazione sia o non legittima (questione di interessi legittimi) può stabilirsi se al soggetto espropriato spetti semplicemente l'indennità di espropriazione o il risarcimento del danno (questione di diritti soggettivi).

c) Può darsi che la risoluzione di una questione di diritti soggettivi attenga alla medesima materia di una questione di interessi legittimi, e tragga origine dal medesimo provvedimento, senza che le due questioni siano tra loro dipendenti. La mancata liquidazione della indennità di espropriazione, o la liquidazione di una indennità (a es., quella prevista dalla legge sul risanamento di Napoli) diversa da quella legittima (a es., quella contemplata dalla legge fondamentale del 1865) lede, a un tempo, l'interesse legittimo del proprietario in ordine al corretto esercizio del potere di espropriazione (inficiando in tal modo il decreto di espropriazione) (1), e il suo diritto soggettivo a conseguire nell'espropriazione la giusta indennità; e il proprietario ben potrebbe disinteressarsi del primo preoccupandosi soltanto della tutela del secondo.

3. In tutti i casi nei quali la soluzione di una questione di diritti soggettivi o di interessi legittimi abbia il proprio essenziale presupposto nella soluzione di una questione, rispettivamente, di interessi legittimi o di diritti soggettivi, può dirsi che la (soluzione della) seconda questione è « conseguenziale » rispetto alla (soluzione della) prima.

Erroneo sarebbe però fondarsi su questa relazione di conseguenzialità, ai fini della discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Tale discriminazione (salvo le competenze particolari di giudici speciali) si basa nel nostro ordinamento su un sistema assolutamente rigido, fissato dall'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e dall'art. 26 del t.u. sul Consiglio di Stato. E questo sistema, salvo che per le questioni pregiudiziali e incidentali (art. 5 e 28, rispettivamente, delle due citate leggi) e salvo che per le questioni rimesse alla giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato (art. 29 t.u. cit.), e per qualche caso contemplato da leggi speciali, esclude che il giudice ordinario e quello

(1) Di recente il Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 maggio 1957 n. 479, *Foro it.* 1957, III, 263, si è ritenuto competente a giudicare della illegittimità di un decreto di espropriazione, in conseguenza del fatto che il versamento dell'indennità sia stato effettuato a notevole distanza di tempo dalla sua determinazione, e la misura dell'indennità possa risultare perciò non più rispondente al giusto prezzo dell'immobile.

amministrativo possano rispettivamente occuparsi di questioni di interessi legittimi e di questioni di diritti soggettivi.

Non soltanto le questioni inerenti a posizioni soggettive in qualche modo collegate con posizioni soggettive di altra natura, ma persino le questioni inerenti a posizioni soggettive conseguenziali rispetto alla definizione di posizioni soggettive di altra natura, non possono, in virtù del collegamento e neanche in virtù della conseguenzialità, subire alcuna *vis attractiva* dalla competenza del giudice che abbia giurisdizione sulla materia collegata o rispetto alla quale esista conseguenzialità. Il principio risulta, oltre tutto, espressamente enunciato nell'art. 30 t.u. Cons. di Stato, il quale, persino nelle materie di giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, riserva all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti conseguenziali alla pronuncia di legittimità del provvedimento impugnato.

Salvo le eccezioni rigorosamente fissate dalle norme sopra ricordate, il criterio di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo va dunque rigidamente osservato, senza che il collegamento o la conseguenzialità delle questioni possano avere alcuna rilevanza. Giudice della questione conseguenziale o collegata è sempre quello nella cui competenza la questione rientra, e non quello della questione con la quale sussista il collegamento o la conseguenzialità.

Nessun dubbio quindi che una questione relativa all'obbligo o meno di pagare un tributo — comunque possa essere collegata (sia pure in rapporto di conseguenzialità) con una questione di interessi legittimi — essendo questione inerente per definizione a materia di diritti patrimoniali (anche nei casi in cui i preordinati atti di instaurazione del tributo e di imposizione contengano elementi di discrezionalità, la pretesa del pagamento del tributo — e correlativamente la pretesa della restituzione del tributo mal pagato — è sempre una questione di diritti soggettivi, in quanto regolata da norme destinate direttamente ed esclusivamente alla tutela delle sfere patrimoniali del soggetto impositore e di quello sottoposto all'imposizione), rientra nella competenza del giudice dei diritti e non di quello degli interessi.

Lesioni di diritti soggettivi per l'esercizio di «potestas publica nondum nata»*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1958, I, pp. 2029-2031

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 24 ottobre 1958 n. 3457, *ibid.*, p. 2029; la massima è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 24 OTTOBRE 1958 N. 3457; PRES. FELICI, EST. ROSSANO, P. M. POMODORO (CONCL. DIFF.); MARCHI (AVV.TI TRIPODO, LOMBARDO) C. COSTA (AVV. DONATI), COMUNE DI MESSINA (AVV.TI FULCI, SILVESTRI).

Nello speciale procedimento per la ricostruzione delle zone colpite dal terremoto calabro-siculo del 1908 — che, pur avendo caratteri particolari, rientra nello schema generale delle espropriazioni per pubblico interesse — il Comune deve invitare i proprietari dei lotti immobiliari da riedificare ad assistere alla compilazione dello stato di consistenza, per consentire loro di partecipare alla gara per aggiudicazione ad essi riservata. Solo qualora i medesimi proprietari non risultino aggiudicatari o decadano dall'aggiudicazione, è consentita l'espropriazione dei lotti. Pertanto il decreto di espropriazione, adottato nonostante l'inosservanza delle norme destinate ad assicurare la partecipazione dei proprietari alla gara, è illegittimo e sindacabile dal giudice ordinario ai fini della condanna al risarcimento dei danni.

A partire dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 4 luglio 1949 n. 1657 (*Foro it.* 1949, I, 926), conforme a spunti dottrinali allora recenti (SANDULLI, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista, ivi*, I, 34 ss.), la giurisprudenza ha costantemente seguito il criterio che nella materia degli atti amministrativi interferenti nella sfera dei diritti soggettivi dei sudditi la discriminazione delle competenze tra giudici ordinari e giudici amministrativi a pronunciare circa la legittimità degli atti — discriminazione che la legge fonda sulla distinzione diritto soggettivo-interesse legittimo (art. 2 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E; art. 26 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054) — va compiuta esaminando, prima d'ogni altra cosa, se nel singolo caso l'Amministrazione disponesse o meno del potere in concreto esercitato. Nella ipotesi negativa, risultando *sfornita del potere* in concreto esercitato, e avendo quindi travalicato i limiti della propria sfera giuridica (e quindi violato le norme che, per disciplinare le sfere rispettive dei singoli soggetti, la dottrina ha classificato appunto come norme *di relazione*) l'Amministrazione necessariamente avrà dovuto *invadere* la sfera giuridica altrui, e quindi ledere altrui *diritti soggettivi*. Nella prima ipotesi — nell'ipotesi cioè che effettivamente disponesse del potere giuridico esercitato in concreto — l'Amministrazione per contro non avrà potuto incorrere in illegittimità, se non attinenti al modo di *esercizio* (all'*uso*) del potere stesso, e non avrà quindi potuto infrangere norme *di relazione*, ma, se mai, soltanto norme preordinate all'ordinato esercizio del potere (a essa effettivamente appartenente), e cioè semplici norme *di azione* (la contrapposizione di norme *di relazione* e norme *di azione* è dovuta al GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ed., Padova 1954, 33 e *passim*, e viene ora accettata anche dalla giurisprudenza: p. es., Cass. 11 ottobre 1955 n. 2994, in questa *Rivista* 1955, I, 1580): in casi di tal fatta non può mai esser questione dell'*invasione* di una sfera giuridica altrui, e quindi della lesione di un *diritto soggettivo*, ma, se mai, soltanto della lesione di un altrui *interesse legittimo*, vale a dire di un interesse a non esser lesi — nell'ambito dei propri interessi sforniti di protezione diretta da parte dell'ordinamento, ma comunque considerati da questo in qualche modo, sia pure indiretto e occasionale — da provvedimenti posti in essere dall'Amministrazione in violazione delle norme imposte dall'ordinamento all'operare di essa.

La contrapposizione della serie « difetto del potere-violazione di norma di relazione — lesione di diritto soggettivo » alla serie « difettoso esercizio del potere-violazione di norma d'azione-lesione di interesse legittimo » ha fin qui reso alla pratica ottimi servigi; e, se da taluno è stata criticata (CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milano 1956, 44 ss.), ciò è avvenuto sulla base di concezioni isolate, vogliose di discutibili ritorni a una fase della distinzione dei diritti dagli interessi storicamente superata.

Con ciò non si vuol dire peraltro che la distinzione « difetto di potere — difettoso esercizio del potere » sia un dispositivo di facile, piana e incontrastata applicazione, in grado di risolvere, quasi per via di automazione, tutti i problemi di discriminazione dei diritti dagli interessi nella sfera in cui i poteri pubblici interferiscono nell'ambito dei diritti soggettivi dei privati. Non lo è, pel fatto che in molti casi è tutt'altro che semplice individuare quali siano i singoli elementi che individuano e condizionano il potere di cui si tratti, e, ancor più, quali fatti giuridici operino come fatti di qualificazione di singoli elementi costitutivi del potere, sì da incidere, attraverso la qualificazione impressa agli elementi stessi, addirittura sull'entità del potere. Per fare un esempio attinente alla materia trattata dalla sentenza che si annota, si consideri che la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, per realizzare la quale occorra procedere a una espropriazione, può esser configurata come fatto di qualificazione dell'opera stessa, destinato a conferirgli una *qualitas* che sola vale a renderla *idonea* a produrre la nascita del potere espropriativo: il quale ultimo quindi, prendendo vita unicamente in vista

della realizzazione di opere fornite di tale *qualitas*, sarebbe da considerare inesistente in relazione a opere che ne fossero sfornite. Qualora la dichiarazione di pubblica utilità dovesse continuare a esser considerata, come suol fare la giurisprudenza, come semplice atto preparatorio del provvedimento espropriativo, essa non condizionerebbe invece la nascita del potere di espropriazione, bensì dovrebbe esser considerata semplicemente inerente alle modalità di esercizio del potere stesso. Nella prima ipotesi — che probabilmente è la più esatta — la competenza a giudicare della legittimità della espropriazione per la realizzazione di un'opera, per la quale mancasse la dichiarazione di pubblica utilità, sarebbe da riconoscere al magistrato ordinario; nella seconda sarebbe da riconoscere a quello amministrativo.

Di siffatte difficoltà è stata sempre cosparsa la via della distinzione dei diritti dagli interessi legittimi. E il segno più evidente di ciò è rappresentato dal fatto che, a circa un secolo di distanza dal momento in cui il nostro ordinamento la elevò a criterio di discriminazione delle competenze giurisdizionali nei confronti degli atti amministrativi, la distinzione continua a dar tormento alla dottrina e alla giurisprudenza (cfr. da ult. SANDULLI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amm.*, conferenza al Primo Corso di perfezionamento per uditori giudiziari, nella *Raccolta delle conferenze*, I, Milano 1958, 213 sgg.).

Se tale insoddisfacente constatazione deve incitare a un affinamento degli strumenti tecnici, non autorizza però a perder fiducia in essi e ad abbandonarli alla prima difficoltà, o — il che forse è peggio — a tentare la via di compromissorie contaminazioni. Altrimenti li avremo resi inutilizzabili, senza averli adeguatamente impiegati.

Ecco perchè non sembra da condividere il tentativo, che affiora nella sentenza annotata, di inserire, tra i « presupposti » — come in essa si dice — che incidono sulla esistenza del potere amministrativo e le modalità inerenti all'esercizio di esso, una categoria di « presupposti », che, « pur non essendo di astratta attribuzione del potere », abbiano per funzione la « tutela del diritto soggettivo » (le enunciazioni contenute nella sentenza richeggiano quelle che possono leggersi in KOSSANO, *Rass. di giurispr. sulle leggi di giust. amm.*, Milano 1958, 345). Nella materia in esame, o si accetta o si contesta la utilizzabilità della distinzione « diritto del potere — direttoso esercizio del potere »; ma, quando la si accetti, occorre accettarne tutte le implicazioni, tra le quali vi è che le norme attinenti ai poteri amministrativi, che si possono sicuramente ritenere emanate in funzione esclusiva della tutela di interessi privati, per definizione non possono esser considerate attinenti a semplici modalità di esercizio del potere, bensì condizionano necessariamente la vita stessa del potere (il quale *in tanto può* essere esercitato, e quindi in tanto può interferire nella sfera giuridica altrui, e cioè in tanto è in grado di acquistare vitalità, *in quanto* quelle norme vengano osservate): i presupposti cui siffatte norme si riferiscono vanno cioè configurati necessariamente e sempre come condizioni storico-ambientali essenziali per la esplicazione del potere, il quale non può aver vita se non nel concorso di essi (SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi, Rass. dir. pubbl.* 1948, I, 101 ss.).

Quando la legge richieda il concorso di presupposti di tal fatta, soltanto in presenza di essi il potere avrà vita e potrà essere esercitato, traducendosi, in mancanza di essi, l'esercizio dell'attività nella lesione di veri e propri diritti. Ciò — come si ripete — per definizione, in quanto tutela diretta e piena da parte dell'ordinamento di certe posizioni giuridiche soggettive e presenza di un potere giuridico altrui capace di ledere siffatte posizioni giuridiche sono concetti che si escludono a vicenda: se una siffatta tutela esiste, un altrui potere di sacrificio non può esistere, e viceversa.

Non diversamente dagli elementi che condizionano l'essenza del potere (quelli inerenti al soggetto, all'oggetto, al contenuto, alla causa), anche quelli in esame condizionano dunque la vita stessa del potere.

Nel caso da essa deciso, la sentenza annotata ritenne (e qui non è necessario approfondire se tale convincimento fosse o non esatto) che le speciali modalità da osservare da parte dell'Amministrazione comunale, nell'invitare i proprietari dei lotti immobiliari da riedificare ad assistere alla compilazione dello stato di consistenza, avessero tra l'altro, nell'economia della legislazione speciale che regge i piani regolatori delle zone colpite dal terremoto calabro-siculo del 1908, la funzione di assicurare ai proprietari stessi la possibilità di esercitare il *diritto* di partecipare alla gara *a essi riservata*. E, siccome la legge consente di espropriarli soltanto nel caso che essi non siano rimasti aggiudicatari del lotto o siano decaduti dall'aggiudicazione, giustamente ritenne costituire violazione di tale diritto dei proprietari un provvedimento espropriativo adottato nonostante l'inosservanza delle norme destinate espressamente ad assicurar loro la possibilità di partecipare alla gara.

In un'ipotesi siffatta l'uso della formula usuale « esercizio di potere inesistente-lesione di diritto soggettivo » era però di semplice applicazione; e non era necessario far ricorso a criteri sussidiari. Infatti non può esser dubbio che, se la legge condiziona l'espropriazione di un lotto immobiliare a favore del comune, ai fini della realizzazione di un piano regolatore, alla

mancata realizzazione, da parte dei titolari di posizioni giuridiche poziori, delle opere di riedificazione previste dal piano, il potere di espropriare a favore del Comune *non sorge* nell'autorità prefettizia (in quanto lo stesso diritto del Comune a ottenere l'espropriazione non sorge) se non *dal momento* in cui i titolari di quelle posizioni poziori, messi in grado di esercitare il proprio diritto, abbiano mancato di farlo. L'espropriazione prima di tale momento rappresenta dunque indubbiamente l'esercizio di un potere inesistente (*potestas nondum nata*), e importa la lesione di diritti soggettivi (per identica applicazione nel caso della espropriazione, in favore del Comune, di comparti edificatori di piano regolatore senza previo interpello dei proprietari, ai sensi dell'art. 23 legge urbanistica, v. Cass., Sez. Un., 19 febbraio 1957 n. 591, in questa *Rivista* 1957, I, 1037, nonchè la nota *Sulla posizione giur. soggettiva dei proprietari di immobili soggetti a trasformazione per l'attuazione dei piani regolatori*, *Riv. giur. dell'edilizia* 1958, II, 52 ss.).

«Reformatio in peius» di contributi di ricostruzione e competenza a giudicarne*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1959, I, pp. 1190-1192

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 6 giugno 1959 n. 1706, *ibid.*, p. 1189; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 6 GIUGNO 1959 N. 1706; PRES. OGGIONI, EST. BOCCIA, P. M. TAVOLARO (CONCL. CONF.); ARRIGHI (AVV.TI CLARIZIA, BARILE) C. MINISTERO LAVORI PUBBLICI (AVV. GEN. DELLO STATO).

È devoluta alla giurisdizione ordinaria la domanda della P. A. diretta ad ottenere dal privato la restituzione della parte dei contributi corrispostigli per la ricostruzione o la riparazione di immobili distrutti o danneggiati dalla guerra, eccedente la misura stabilita dalla legge.

Anche se da un atto amministrativo sono stati riconosciuti o attribuiti dei diritti ad un privato, la P. A. può esercitare il diritto di annullamento dell'atto per ragioni di legittimità, scalzando ex se *il diritto del privato e ripristinando in suo luogo una posizione di interesse legittimo, tutelabile solo avanti al giudice amministrativo. Qualora peraltro l'ordinamento giuridico, in relazione a particolari situazioni o materie, neghi in radice alla P. A. il suddetto potere di annullamento, le posizioni individuali di vantaggio, derivate ai privati, con consistenza di diritti, dagli atti amministrativi anteriori, resistono come diritti all'annullamento di quegli atti, e sono perciò tutelabili avanti al giudice ordinario. (Applicazione di specie alla concessione di contributi per il ripristino di stabili danneggiati dalla guerra, illegittima secondo le norme del tempo, ma divenuta legittima in base alla sanatoria disposta dalla legge sopravvenuta 17 dicembre 1957, n. 1238).*

Il caso era il seguente. L'Amministrazione dei lavori pubblici, dopo aver concesso nel 1948 un contributo per il ripristino di stabili danneggiati dalla guerra, resasi successivamente conto che andava applicata un'aliquota inferiore a quella adottata, dispose nel 1950 la riduzione del contributo concesso e invitò il beneficiario a rimborsare quanto aveva percepito in eccedenza. Non avendo quest'ultimo ottemperato, l'Amministrazione ottenne nel 1953 l'emanazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di un decreto ingiuntivo, avverso il quale il beneficiario propose però opposizione, sostenendo l'illegittimità del provvedimento amministrativo correttivo del primo. Nel giudizio l'Amministrazione eccepì il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, osservando che, siccome i privati non vantano dei diritti in ordine alla concessione dei contributi di ricostruzione, ma soltanto degli interessi, l'esame della legittimità della « riliquidazione » operata dall'Amministrazione non poteva spettare che al giudice amministrativo. I giudici di merito di primo e di secondo grado non accolsero tale eccezione.

Essendo, successivamente alla sentenza di appello, sopravvenuta la l. 17 dicembre 1957 n. 1238, destinata a sanare le concessioni di contributi effettuate « in difformità dalle disposizioni vigenti all'epoca », con la sentenza qui annotata la Corte di cassazione, pur censurando la sentenza di appello, ha ritenuto che la legge nuova, avendo « privato in radice l'Amministrazione del potere di annullamento della concessione » (« ancorchè illegittima all'epoca »), avrebbe elevato a diritto soggettivo del privato quello di non esser toccato da un provvedimento di caducazione della concessione illegittimamente ottenuta. E, in virtù di tale *jus superveniens*, ha affermato la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, che altrimenti avrebbe negata.

* * *

È noto che la giurisprudenza è concorde nell'affermare che i proprietari danneggiati dalla guerra vantano semplicemente un interesse legittimo e non un diritto soggettivo all'indennizzo o al contributo di ricostruzione già previsti da varie leggi precedenti e ora previsti e disciplinati dalla l. 27 dicembre 1953 n. 968 (vedi, p. es., tra le pronunce più recenti, Cass., Sez. Un., 15 novembre 1957 n. 4399, *Riv. giur. edilizia* 1958, I, 171, con nota della Direzione; Sez. I, 13 maggio 1958 n. 1157, *ivi* 1959, I, 86, con osservazioni di FAVARA). Nei medesimi sensi può dirsi ormai orientata la prevalente dottrina (vedi indicazioni presso FAVARA, *loco ult. cit.*, nonchè nella nota della Direzione della *Riv. giur. edilizia, cit.*), sulla base della considerazione che, anche quando accorda vantaggi patrimoniali a singoli soggetti, l'Amministrazione spesso lo fa non in funzione dei particolari interessi di questi, bensì di finalità di ordine sociale, avute di mira dall'ordinamento, e che appunto in tali sensi appare orientata la legislazione della materia che qui interessa (vedi SANDULLI, *Alcuni spunti in tema di distinzione dei diritti dagli interessi nello Stato sociale, Stato sociale* 1957, 1006).

Si ammette peraltro che, una volta intervenuto il provvedimento amministrativo di concessione dell'indennizzo e del contributo, il proprietario danneggiato acquista un vero e proprio diritto in ordine alla somma liquidata e concessa: diritto pienamente azionabile nei confronti dell'Amministrazione concedente (vedi le sentenze della Corte di cassazione già citate, nonchè la nota della Direzione della *Riv. giur. edilizia*, alla prima di esse, e TRAVI, *Contributo di ricostruz. e alienaz. dell'immobile, Giur. it.* 1956, IV, 52). La concessione di cui trattasi — come molte altre (si pensi, ad es., all'assegnazione di un alloggio o di un terreno da colonizzare), anche nel campo dei rapporti non patrimoniali (si pensi, ad es., al conferimento di una onorificenza o di una decorazione) — ha infatti come effetto appunto l'attribuzione di un diritto.

Da questo carattere discende l'irrevocabilità e l'immodificabilità della concessione per ragioni di merito. È noto infatti che l'Amministrazione non può, per ragioni di merito, tornare sui propri atti dai quali siano nati diritti soggettivi (vedi, per tutti, SANDULLI, *Manuale di*

dir. amministrativo, 5ª ed., Napoli 1959, 328) o che abbiano rimosso limiti all'esercizio di diritti soggettivi (vedi da ult. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Riv. giur. edilizia* 1958, I, 586, nonchè *Rassegna di giurisp. in materia di licenze edilizie, ivi cit.*).

Non esiste però analogo impedimento a un ritorno sul provvedimento per ragioni di legittimità. È principio universalmente accettato che l'Amministrazione può in qualunque tempo esercitare il proprio potere di autotutela per eliminare dal mondo del diritto o correggere i propri atti amministrativi illegittimi. Nè tale potere può incontrare alcun limite nel fatto che da quegli atti siano nati dei diritti soggettivi, giacchè i diritti stessi non possono esser nati se non in modo viziato, e perciò non possono essere opposti all'Amministrazione nell'esercizio del suo potere pubblico di autotutela (vedi, per tutti, SANDULLI, *Manuale,* cit., 330, e giurisprudenza ivi ricordata).

Siccome poi il potere di cui trattasi, incontestatamente riconosciuto all'Amministrazione, è un potere pubblico, e in ordine all'esercizio di esso e alle modalità dell'esercizio stesso, nessuno può vantare diritti soggettivi, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ordinaria e amministrativa concordano ormai nel riconoscere che il giudice competente a pronunciare della legittimità dell'esercizio di tale potere è il Consiglio di Stato, anche quando il potere stesso venga esercitato su atti dai quali siano derivati diritti soggettivi (vedi copiose indicazioni di dottrina e giurisprudenza in SANDULLI R., *Sulla discriminaz. delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amm. cui siano collegati dir. soggettivi, Foro it.* 1956, I, 561, in nota alla sent. Cass., Sez. Un., 10 giugno 1955 n. 1785, nei medesimi sensi).

Esattamente dunque la sentenza qui annotata afferma che, soltanto nell'ipotesi che si fosse potuto riconoscere, nel caso in esame, per una qualsiasi ragione, l'insussistenza del potere amministrativo di ritorno sull'originario provvedimento per ragioni di legittimità, avrebbe potuto essere esatta la affermazione, da parte della sentenza impugnata, della giurisdizione del magistrato ordinario. Fin quando quel potere non venga fondatamente contestato e si discuta soltanto della legittimità dell'esercizio di esso, sussiste invece indubbiamente il difetto di giurisdizione del magistrato stesso.

* * *

Dove però non si può concordare con la sentenza annotata è nell'affermazione che nel caso in esame il potere di annullamento esercitato dovesse per ragioni di *jus superveniens,* esser considerato effettivamente mancante.

Si tenga presente che la legge di « sanatoria » delle concessioni di contributi effettuate « in difformità dalle disposizioni vigenti all'epoca » è del 1957, mentre la « riliquidazione » (correzione dell'originaria liquidazione) operata dall'Amministrazione nel caso in esame era avvenuta nel 1950. Il provvedimento non era stato impugnato innanzi al giudice competente — che, come la sentenza annotata ritiene, era il Consiglio di Stato —; ed era ormai da considerare inoppugnabile, onde la relativa questione giuridica era da considerare « definita » (cioè non più suscettibile di contestazione).

Lo *jus superveniens* del 1957 non poteva dunque operare su tale questione; appunto perchè la trovava già « definita » (è noto che anche le leggi retroattive incontrano un limite insuperabile nei rapporti « definiti »: per ampie indicazioni, vedi SANDULLI, *Il principio della irretroattività delle leggi e la costituzione, Foro amm.* 1947, II, 1, 86, nota 67). Se l'Amministrazione non avesse ancora esercitato, alla data di entrata in vigore della legge del 1957, il proprio potere di autotutela, indubbiamente non avrebbe più potuto esercitarlo nel modo effettivamente realizzato; ma avendolo essa esercitato nel 1950, e non essendo stato impugnato nei termini il relativo provvedimento, con conseguente definitiva inoppugnabilità di esso, è evidente che la legge del 1957 non consente di dire che l'Amministrazione abbia esercitato (nel 1950!) il potere senza averne diritto.

È vero che, quando entrò in vigore la legge del 1957, era tuttora pendente un giudizio nel quale veniva, in via di eccezione, contestata la legittimità dell'uso fatto nel 1950 del potere in questione: ma l'*oggetto* (*thema decidendum*) di questo giudizio era ben altro: esso era costituito dalla sussistenza del diritto dell'Amministrazione a ripetere quanto dal provvedimento di « riliquidazione » risultava che essa aveva in precedenza indebitamente pagato. E nel giudizio stesso — come ha ritenuto la sentenza annotata — la questione relativa alla legittimità del provvedimento di « riliquidazione » del 1950 (costituente *titolo* dell'azione di ripetizione) non poteva esser sollevata, per carenza di giurisdizione, in ordine a essa, del magistrato investito della questione principale (*repetitio indebiti*), oltre che per decorrenza dei termini di legge.

* * *

Non attraverso l'affermazione (contenuta nella sentenza annotata) della sopravvenuta cessazione (per virtù di *jus superveniens*) del potere amministrativo di caducazione dell'originaria

concessione la Corte poteva giungere all'affermazione della propria competenza a sindacare il provvedimento amministrativo posto in essere nell'esplicazione di quel potere; ma, se mai, avrebbe potuto giungervi battendo altra via. E cioè seguendo la tesi — accolta in qualche altra recente sentenza (Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1959 n. 326, *Foro pad.* 1959, I, 409, con indicazioni) — secondo cui, ai sensi dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, l'autorità giudiziaria ordinaria può *incidenter tantum* (e quindi certamente in sede di esame delle eccezioni) pronunciare non soltanto delle lesioni di diritti soggettivi, ma anche delle lesioni di interessi legittimi a opera di atti amministrativi. Tesi che, per quanto sostenuta da accreditata dottrina (vedi partic. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi,* Milano 1950; *La tutela giudiziaria del cittadino verso la P.A.*, Milano 1956, 137 ss.), risulta finora — timidamente — abbracciata soltanto dalla sentenza appena richiamata (in senso contrario vedi, tra le altre, di recente, Cass., Sez. Un., 17 maggio 1958 n. 1611, *Riv. giur. edilizia* 1958, I, 480), la quale ha adottato un indirizzo che proprio la sentenza qui annotata dimostra di tutt'altro che definitiva e sicura prevalenza.

Latte comune, latte speciale, provvedimenti amministrativi a tutela delle centrali del latte e competenza giurisdizionale*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1959, I, pp. 1436-1441

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 27 giugno 1959 n. 2029, *ibid.*, p. 1435; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 27 GIUGNO 1959 N. 2029; PRES. EULA P.P., EST. GENTILE, P. M. POMODORO (CONCL. DIFF.); SOC. POLENGHI LOMBARDO (AVV. MARTUSCELLI) C. COMUNE DI MILANO (AVV. CONSOLINI) E COMUNE DI TORINO (AVV. COMBA) E COMUNE DI BARI.

Chi sia stato autorizzato alla produzione e alla immissione in commercio di preparazioni lattee speciali dall'autorità comunale del luogo di produzione, ha un diritto soggettivo perfetto alla loro immissione in commercio in tutti gli altri comuni dello Stato.

La legge non attribuisce ai comuni forniti di centrale del latte alcun potere discrezionale in ordine alla qualificazione di un determinato prodotto come latte naturale, anziché come preparazione lattea speciale, allo scopo di vietarne l'immissione in commercio nel proprio territorio. Se un comune impartisce tale divieto, può essere convenuto dal produttore avanti all'autorità giudiziaria ordinaria, la quale sola è competente a giudicare della fondatezza o meno della pretesa del produttore medesimo.

Dispone l'art. 13 della l. 16 giugno 1938 n. 851 che nei Comuni dove sia stata istituita e funzioni una centrale del latte è vietata, entro il perimetro della zona urbana (salvo che per il latte di produzione di istituti assistenziali e a essi destinato), l'introduzione e la vendita di latte non di pertinenza della centrale, a meno che gli interessati ne abbiano ottenuto espressa « autorizzazione » dal Comune (autorizzazione ammessa peraltro soltanto per il latte « crudo » e per quello destinato a lavorazioni industriali). Siffatto divieto risultava già dal combinato disposto degli art. 28 e 31 del r.d. 9 maggio 1929 n. 994.

Nei Comuni dove sia in funzione una centrale municipale del latte è imposto dunque ai particolari il dovere giuridico di non introdurre e vendere latte nella zona urbana: nessuno ha diritto di introdurre latte nella zona stessa, fuorchè la centrale municipale e — nei riferiti limiti — gli istituti assistenziali. L'« autorizzazione » che la legge prevede eccezionalmente per i particolari è provvedimento tipicamente discrezionale, condizionato, oltre che dalle esigenze igienico-sanitarie, da quelle dell'efficienza dei servizi cui presiede la centrale —, rappresenta un vero e proprio provvedimento derogatorio del generale divieto. Si tratta perciò non di un'*autorizzazione* in senso tecnico, bensì di una *dispensa* (mentre l'autorizzazione presuppone nel destinatario una sfera d'azione istituzionalmente — se pure condizionatamente — libera, la dispensa presuppone un divieto con riserva di permesso, e cioè una sfera istituzionalmente preclusa, in seno alla quale l'autorità può consentire l'azione soltanto in via derogatoria: vedasi SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1957, 798; *Abilitazioni - Autorizzazioni - Licenze*, *Rass. dir. pubbl.* 1958, I, 10 ss.). Inesattamente dunque nella sentenza annotata si afferma che i particolari avrebbero « un diritto alla vendita al pubblico del latte non proveniente dalla centrale » — diritto il quale peraltro, essendo « subordinato all'autorizzazione dell'autorità comunale », « affievolirebbe e degraderebbe a semplice interesse legittimo » nei confronti dell'Amministrazione (così già la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 1957 n. 2, in questa *Rivista* 1957, II, 174, cassata dalla sentenza qui annotata). Dove esiste la centrale del latte i particolari non hanno, *ab origine*, nel vigente sistema legislativo (e volutamente si prescinde qui da qualsiasi valutazione costituzionalistica di esso), alcun diritto soggettivo alla introduzione e alla vendita nella zona urbana di latte non proveniente dalla centrale. Non può dunque parlarsi dell'affievolimento di un siffatto diritto di fronte al potere comunale. È invece proprio e soltanto in virtù del provvedimento comunale di dispensa, che i particolari in favore dei quali esso venga adottato acquistano *per la prima volta* il diritto — mai prima posseduto — a introdurre ed eventualmente (quando si tratti di latte da consumare « crudo ») vendere latte nella zona urbana.

Da quanto precede risulta chiaro che, in ordine al legittimo esercizio del potere pubblico destinato a sfociare nel provvedimento di dispensa, essi possono se mai vantare — se ed in quanto abbiano richiesto l'« autorizzazione » (dispensa) — semplicemente un interesse legittimo. Quindi il diniego dell'« autorizzazione » — e a maggior ragione la repressione dell'attività non « autorizzata » di introduzione di latte nella zona urbana e di vendita di latte non proveniente dalla centrale (cfr. Cass. 11 aprile 1959 n. 1072, in questa *Rivista* 1959, I, 1018) — istituzionalmente non può ledere diritti soggettivi ma — ove ne sia il caso — unicamente interessi legittimi.

Soltanto a seguito dell'« autorizzazione » i particolari che l'abbiano ottenuta acquistano

un vero e proprio diritto a immettere il latte nella zona urbana, e — quando l'« autorizzazione » lo consenta — a venderlo.

* * *

Quella della quale fin qui si è parlato è la disciplina relativa al latte *comune*, vale a dire al latte che conserva i caratteri naturali originali del prodotto — sapore, colore, odore, elementi nutritivi. E ciò tanto se il latte non sia stato sottoposto ad alcuna elaborazione e sia destinato a esser consumato « crudo » (art. 31 ss. r.d. 9 maggio 1929 n. 994), quanto se sia stato sottoposto a *lavorazioni*, che, senza comportare *trasformazioni*, siano destinate ad assicurare al prodotto la genuinità (mediante i necessari controlli), la salubrità e la prolungata (mediante trattamenti di sterilizzazione: pastorizzazione, ecc.), la digeribilità e assimilabilità (mediante trattamenti di omogeneizzazione e simili), ecc. La giurisprudenza in più di un'occasione ha affermato che i processi di sterilizzazione, destinati ad assicurare al latte una prolungata conservazione, come pure i processi di omogeneizzazione, destinati alla frantumazione delle particelle grasse contenute nel latte, in quanto non importano alcun mutamento dei componenti, dell'aspetto esteriore, dei caratteri organolettici del prodotto, non fanno venir meno in questo il carattere del latte *comune*, e non lo sottraggono alla disciplina giuridica propria del latte comune (vedi la decisione del Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 1957 n. 2, *cit.*, e già prima Cons. giust. amm. Reg. sic. 22 settembre 1956 n. 275, *Il Consiglio di Stato* 1956, I, 1088).

Appunto perciò i trattamenti in questione, anche se non sempre praticati, rientrano nei compiti istituzionali delle centrali, dei quali fa parte ogni genere di trattamento destinato a « garantire la salubrità » del prodotto (art. 1 l. 16 giugno 1938 n. 851).

* * *

Diversa è la disciplina per i così detti latti « speciali », vale a dire per quelle preparazioni lattee ottenute attraverso processi di trasformazione (realizzati di volta in volta con o senza l'aggiunta di altre sostanze), destinati a far acquistare al prodotto caratteristiche diverse da quelle naturali. Tali sono la crema e la panna montata; lo yoghurt, il gioddu, il kefir; il latte umanizzato o maternizzato; e simili.

Per la produzione e l'immissione in commercio di queste categorie di preparazioni lattee l'art. 46 del r.d. 9 maggio 1929 n. 994 esige una « autorizzazione » comunale *ad hoc*, che la giurisprudenza ritiene di competenza del solo Comune di produzione (oltre alla sentenza qui annotata, vedi la decisione del Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 1957 n. 2, *cit.*).

Anche qui non si tratta di un'autorizzazione in senso stretto: ma ciò è dovuto a una ragione opposta a quella per cui non è tale l'« autorizzazione » comunale in deroga, di cui si è discorso più sopra. Qui il rilascio dell'« autorizzazione » non è condizionato da alcuna valutazione discrezionale — come è proprio delle autorizzazioni in senso stretto (vedi SANDULLI, *Abilitazioni*, cit., 10) — bensì soltanto da un riscontro circa la sussistenza dei presupposti tecnici necessari a garantire la rispondenza del prodotto alle esigenze igienico-sanitarie. Si tratta perciò di un'« abilitazione » — categoria nella quale vanno compresi quei provvedimento destinati, sulla base di accertamenti o di valutazioni di ordine esclusivamente tecnico, a rimuovere un limite all'esercizio di diritti *a priori* riconosciuti ai singoli, ma condizionati nel loro esercizio da un siffatto riscontro tecnico (vedi SANDULLI, *Abilitazioni*, *cit.*, 7 ss., e ora anche GASPARRI, *Autorizzazioni*, *Enciclopedia del diritto*, IV, 513).

Anche in ordine al conseguimento di tali « abilitazioni » i singoli non vantano se non un interesse legittimo: quello a che il corrispondente potere accordato all'Amministrazione nell'interesse della collettività venga esercitato nella piena osservanza delle regole del diritto e senza sacrificare illegittimamente gli interessi degli operatori economici. Ma la posizione soggettiva di questi ultimi è qui ben più consistente, in quanto l'Amministrazione non dispone stavolta di alcuna discrezionalità: e, una volta verificata la sussistenza delle necessarie condizioni tecniche, è *tenuta* a concedere l'abilitazione. La quale, dunque, una volta riscontrate sussistenti le condizioni tecniche richieste, è un provvedimento dovuto (vincolato nell'*an*).

Quella in questione è poi un'abilitazione *propter rem* e non *intuitu personae* (sulla distinzione, vedi SANDULLI, *Abilitazioni*, *cit.*, 6 ss.), essendo condizionata a un riscontro limitato alle modalità di preparazione del prodotto, e non a requisiti personali del produttore.

Una volta intervenuta l'« autorizzazione » alla produzione e alla immissione in commercio, e rimosso così il limite imposto al riguardo all'esercizio della libertà economica, i produttori delle preparazioni lattee speciali hanno il pieno diritto di smerciarle liberamente, nè la legge fa discriminazione tra Comuni dove non sussista e Comuni dove sussista una centrale del latte: il monopolio della Centrale non riguarda infatti le preparazioni lattee speciali (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 1957 n. 2, cit.).

* * *

È sorto però il dubbio se per lo smercio dei latti « speciali » nelle altre località del territorio statale sia sufficiente l'« autorizzazione » del Comune di produzione. In armonia con la prassi, la sentenza annotata, come pure la decisione del Consiglio di Stato da essa cassata, hanno risolto tale dubbio in senso positivo. Non si possono peraltro tacere al riguardo delle perplessità.

Non è esatto innanzi tutto che dall'art. 46 del r.d. 9 maggio 1929 n. 994 — il quale dispone che chi intenda produrre e mettere in commercio latti speciali « deve ottenere la preventiva autorizzazione da parte dell'autorità comunale » e aggiunge che « con l'autorizzazione devono anche essere stabilite le norme igieniche da osservare nella produzione e nel commercio di dette preparazioni » — sia dato ricavare (come si legge nella sentenza annotata) l'esigenza di « una sola autorizzazione valida tanto per la preparazione quanto per l'immissione in commercio ». E neanche è valido l'argomento di rincalzo, secondo il quale, poichè le preparazioni in questione vengono immesse in commercio in confezioni ermeticamente chiuse, « è chiaro che tutte le altre ulteriori autorizzazioni per la loro immissione in commercio nei vari Comuni diversi da quello di produzione sarebbero, per le finalità protettive dell'igiene e della salute pubblica, a cui la norma *de qua* unicamente si ispira, altrettanti inutili e vessatori doppioni ».

Il citato art. 46, col richiedere per la produzione e lo smercio l'« autorizzazione » dell'« autorità comunale », *senza alcun'altra specificazione*, e con lo stabilire che la stessa autorità, nel concedere l'« autorizzazione », deve imporre le modalità dell'esercizio dell'attività di produzione e di smercio, evidentemente si riferisce all'autorità comunale competente per territorio. È evidente quindi che i Comuni competenti saranno, per l'attività di produzione, quelli dei luoghi di produzione, per l'attività di smercio, quelli dei luoghi dove il prodotto vuol essere immesso in commercio. L'altra interpretazione, oltre a ferire l'autonomia dei singoli Comuni (esposti a subire per l'attività di smercio destinata a svolgersi nei propri territori la disciplina imposta da un Comune diverso, magari meno attrezzato — anche perchè meno importante — a dettare una normativa efficiente, e meno consapevole — anche perchè politicamente interessato allo smercio dei generi di produzione locale — dell'esigenza di attenersi a una rigorosa osservanza dei migliori criteri tecnici), rischia di vedere obliterate le considerazioni che possono consigliare — in relazione alla diversità delle condizioni climatiche, sanitarie, ecc., delle singole località del territorio nazionale — una normazione varia e non uniforme per tutto lo Stato in ordine alle modalità della immissione in commercio. Diversità di condizioni obbiettive alla quale non può essere validamente opposta la circostanza che « le preparazioni vengano immesse in commercio in confezioni ermeticamente chiuse », innanzi tutto perchè nessuna disposizione generale impone per tutti i latti speciali tale necessità, e in secondo luogo perchè la chiusura ermetica non è, per sè sola, sufficiente garanzia.

* * *

Ammesso peraltro che, come il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione hanno ritenuto, l'« autorizzazione » concessa dal Comune di produzione sia sufficiente per lo smercio di un latte speciale in tutto il territorio dello Stato, sorge un altro problema, che interessa in modo particolare il caso deciso con la sentenza qui annotata. Quel Comune potrebbe avere « autorizzato » la preparazione e l'immissione in commercio, come latte speciale, di un prodotto che un altro Comune, nel quale esso debba essere smerciato, non ritenga possedere i caratteri del latte speciale. Tanto più evidente sarebbe l'interesse del secondo Comune a non esser vincolato dall'altrui riconoscimento dei caratteri di latte speciale, quando nel Comune stesso fosse in funzione una centrale del latte e l'autorità comunale ritenesse quello in questione un latte « comune », come tale toccato dal monopolio istituito in favore della centrale.

È chiaro che, quanto meno in quest'ultima ipotesi — ma anche nell'ipotesi più semplice (se è vero, come è vero, che ciascun ente autonomo ha un interesse giuridicamente tutelato a che i limiti posti alla propria autonomia non vengano illegittimamente dilatati in favore di altri) —, il Comune sarebbe ferito in una propria posizione giuridica soggettiva qualora il primo Comune avesse « autorizzato », sulla base di una erronea classificazione, un latte « speciale » non meritevole di tale qualificazione. E tale posizione giuridica sarebbe un diritto soggettivo e non un interesse legittimo, giacchè tanto la pretesa al rispetto di un monopolio di diritto, quanto quella al rispetto di una posizione di autonomia, costituiscono per l'ente pubblico interessato veri e propri diritti pubblici soggettivi (vedi per tutti SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 5ª, Napoli 1959, 64 e 69). D'onde la disapplicabilità da parte dei giudici (ai sensi dell'art. 5 l. cont. amm., e, rispettivamente, dell'art. 28 t.u. Cons. Stato) dell'atto lesivo della posizione stessa, senza necessità che esso sia impugnato nei termini di rigore di cui all'art. 36 t.u. Cons. Stato, e indipendentemente dalla risoluzione della dibattuta questione se il giudice ordinario possa conoscere *incidenter tantum* della legittimità degli atti amministrativi lesivi di interessi legittimi (su tale questione v., di recente, in senso favorevole, Cass. 3 febbraio 1959 n. 326,

Riv. giur. dell'edilizia 1959, I, 344 con altre indicazioni; in senso difforme, però, implicitamente, Cass. 6 giugno 1959 n. 1706, in questa *Rivista* 1959, I, 1189 con nota di SANDULLI).

Nè la Corte di cassazione, nella sentenza qui annotata, nè il Consiglio di Stato, nella decisione cassata dalla Corte, si sono proposti espressamente tale problema. Ma le rispettive pronunce non hanno sofferto, in quanto sia l'una che l'altra non hanno considerato preclusivo dei successivi provvedimenti adottati in senso difforme dai Comuni di smercio l'« autorizzazione » concessa dal Comune di produzione alla immissione in commercio come latte « speciale » del prodotto del quale si discuteva.

* * *

Come già si è visto, nei confronti del Comune competente, la posizione giuridica del produttore e del commerciante interessati a ottenere l'« autorizzazione » prevista dall'art. 46 r.d. 9 maggio 1929 n. 994 è una posizione di interesse legittimo. Del pari è una posizione di interesse legittimo quella che i produttori e commercianti « autorizzati » ai sensi dell'art. 46 hanno a che nei confronti delle rispettive attività non vengano adottati in modo non conforme alla legge, da parte dell'autorità comunale, provvedimenti amministrativi repressivi ammessi dalla legislazione. Per contro è una posizione di diritto soggettivo quella che i medesimi operatori economici vantano a che l'Amministrazione non adotti nei loro confronti provvedimenti repressivi non previsti dalla legislazione, facendo in tal modo uso di poteri di cui non dispone.

Nei Comuni, poi, dove esiste la centrale del latte, l'autorità comunale può esercitare i suoi poteri di polizia al fine di prevenire e reprimere infrazioni al monopolio. Di siffatti poteri il Comune dispone peraltro unicamente nei confronti delle attività di produzione e di smercio del latte che forma oggetto del monopolio — che è, come si è visto, soltanto il latte « comune » —, e non anche nei confronti delle analoghe attività relative ad altri prodotti ricavati dal latte. L'eventuale uso dei poteri stessi nei confronti di attività di quest'ultima specie importerebbe quindi l'esercizio di essi in relazione a oggetti con riferimento ai quali l'Amministrazione non ne dispone, e cioè fuori dei casi per cui furono concessi, vale a dire l'uso di poteri inesistenti in relazione al caso singolo. In simili ipotesi — e quindi, ad es., in relazione alla produzione e allo smercio di latti « speciali » — l'uso di questi poteri si risolverebbe dunque nella lesione di diritti soggettivi, non risultando i diritti stessi legislativamente condizionati da quei poteri.

In un caso di quest'ultima specie — e quindi nel caso che l'Amministrazione di un Comune, ove esista la centrale del latte, adotti, a tutela di questa, e al di là dei suoi poteri, provvedimenti amministrativi destinati a impedire la vendita di latti « speciali » — il giudice competente a dichiarare la illegittimità del provvedimento non può essere dunque che quello ordinario. Sarebbe invece di competenza del giudice amministrativo la dichiarazione della illegittimità di un provvedimento destinato a colpire l'immissione in commercio, nello stesso Comune, di latte naturale, giacchè, come si è visto, in simili casi l'Amministrazione comunale effettivamente può far uso dei propri poteri di polizia a tutela del monopolio della centrale; e, facendone uso, non può ledere diritti soggettivi.

* * *

Può sorgere però questione circa l'appartenenza del caso all'una o all'altra specie. Quando si disputi se il latte per la repressione della cui immissione in commercio l'Amministrazione abbia fatto uso dei propri poteri di polizia sia un latte comune o un latte speciale, si disputa, in ultima analisi, se l'Amministrazione disponesse o non, *ex lege*, in ordine all'attività economica contrastata, dei poteri esercitati. In simili casi soltanto in un secondo momento potrà stabilirsi quale delle due giurisdizioni — quella degli interessi o quella dei diritti — sia qualificata a dichiarare l'illegittimità del provvedimento amministrativo: prima di stabilirlo, e per poterlo stabilire, occorrerà infatti accertare se si sia o non in presenza dell'uso, da parte dell'Amministrazione, di un potere a essa effettivamente appartenente: il che dipenderà dalla classificazione del latte incriminato come comune o come speciale.

Nel vigente ordinamento, sempre che « si faccia questione » circa l'appartenenza all'Amministrazione del potere esercitato mediante il provvedimento del quale sia in discussione la legittimità, e cioè sempre che « si faccia questione » se vi sia stata o meno la lesione di un diritto soggettivo, la questione stessa va necessariamente portata al giudice ordinario (art. 2 l. cont. amm.): atterrà poi al merito lo stabilire se in concreto il diritto discusso esista o meno, e se quindi la domanda possa o non essere accolta. Al giudice amministrativo si possono invece portare soltanto quei casi nei quali il ricorrente non contesti in alcun modo la sussistenza del potere amministrativo impugnato, e nei quali effettivamente l'atto amministrativo impugnato incida nel campo di interessi legittimi di sua pertinenza (art. 26 t.u. Cons. Stato) (in argomento, vedi, per più ampi svolgimenti e per ulteriori indicazioni, SANDULLI, *Giurisdizione civ. e amm. in caso di rifiuto e limitazioni di autorizzazioni a costruire*, in questa *Rivista* 1959, I, 455 ss.; vedasi anche la sent. Cass. 27 gennaio 1959 n. 221, in questa *Rivista* 1959, I, 871.

e *Riv. giur. edilizia* 1959, I, 173, nonchè da ultimo GUICCIARDI, *Tutela concorrente e autonomia dei giudizi, Giur. it.* 1959, III, 115, con altre indicazioni) (1).

Sembra pertanto chiaro che nella fattispecie che ha dato origine alla sentenza qui annotata, nella quale, al fine di dimostrare l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi denunciati, il ricorrente contestava proprio l'esistenza del potere esercitato dall'Amministrazione — in quanto, in contrasto con l'Amministrazione, contestava che il latte posto in vendita fosse un latte « comune » —, occorrendo prima di ogni altra cosa stabilire se l'Amministrazione disponesse o non del potere esercitato, e cioè se il provvedimento incidesse in materia di diritti soggettivi, la giurisdizione da adire era quella ordinaria e non quella amministrativa. Diversa sarebbe stata la soluzione, qualora il ricorrente, anzichè sollevare una questione di inesistenza del potere amministrativo, si fosse limitato a rappresentare sotto altri profili l'illegittimità del provvedimento impugnato: il quale, in verità, effettivamente incideva (data la natura esattamente dal Consiglio di Stato ritenuta « comune » e non speciale del latte di cui trattavasi) in materia di interessi legittimi e non di diritti.

* * *

Alla giurisdizione del magistrato ordinario non poteva d'altro canto essere di ostacolo il fatto che, ai fini del decidere, occorreva procedere alla qualificazione del latte della cui natura si disputava. Come si è visto, in base al vigente ordinamento la classificazione di un latte come comune o come speciale non è collegata a valutazioni discrezionali: essa dipende unicamente dalla constatazione di elementi di fatto risultanti dal sistema legislativo. Nè è attribuita alla competenza dell'autorità amministrativa: questa se ne occupa solo *incidenter* (e quindi senza operatività *erga omnes*) soltanto ai fini delle « autorizzazioni » di sua competenza, e degli eventuali provvedimenti repressivi. Però il fatto che taluno abbia ottenuto l'« autorizzazione » dal Comune di produzione per preparare e smerciare un particolare tipo di latte, sul presupposto del carattere « speciale » di esso, se rappresenta *condicio sine qua non* per l'esercizio di tali attività economiche, non importa presunzione assoluta — operante *erga omnes* — circa la sussistenza della anzidetta qualifica. Nulla si oppone pertanto a che, ai fini delle proprie pronunce, accerti *incidenter* quest'ultima, direttamente o a mezzo degli ausili a sua disposizione (e in particolare di consulenze tecniche), il giudice civile.

* * *

Alla stregua delle considerazioni che precedono, la soluzione data dalla sentenza annotata al caso sottoposto al suo esame appare esatta.

(1) Ciò non significa affatto che il giudice amministrativo non possegga la competenza a conoscere della propria competenza (*Kompetenz - Kompetenz*) nei confronti della giurisdizione ordinaria: tanto d'ufficio, che su eccezione delle parti resistenti, il giudice amministrativo ben può ritenere che la posizione soggettiva della quale il ricorrente, senza contestare il potere dell'Amministrazione, affermi la lesione, sia un diritto soggettivo e non un interesse legittimo, e declinare perciò la propria giurisdizione; e del pari può rigettare le eventuali eccezioni sollevate al riguardo, qualora le ritenga infondate (salvo, nell'uno come nell'altro caso, il sindacato della Corte di cassazione in veste di giudice dei conflitti di giurisdizione: art. 111 Cost. e 362 c.c.). Quando però sia proprio il ricorrente a « far questione » di un diritto soggettivo, e cioè ad affermarsi leso in una posizione soggettiva che in astratto (vale a dire, indipendentemente dal fatto che poi in concreto debba essere riconosciuta esistente) dovrebbe essere considerata, alla stregua dei principî, come un diritto; quando cioè il ricorrente pretenda di agire a difesa di un diritto (anche se in concreto tale diritto il giudice amministrativo possa non riconoscergli); allora il giudice amministrativo deve declinare la giurisdizione. Soltanto il giudice ordinario ha giurisdizione infatti quando vengano in discussione delle pretese che si svolgano non sul piano delle norme di azione ma su quello delle norme di relazione: soltanto tale giudice quindi — e non anche quello amministrativo — è abilitato a negare, nei confronti di chi si affermi portatore di una posizione di diritto soggettivo, la titolarità di tale posizione. Per riconoscere la sussistenza della giurisdizione amministrativa non è quindi sufficiente che il ricorrente agisca a tutela di una posizione giuridica che in concreto è un interesse legittimo, ma è necessario altresì che egli non difenda tale posizione in termini tali che, se le sue affermazioni fossero esatte, la posizione stessa dovrebbe essere configurata come un diritto.

Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto

Pubblicato in

*Stato Sociale**
Torino, 1960

* Estratto con paginatura autonoma

Sono passati circa ottant'anni dal famoso discorso pronunciato da Silvio Spaventa all'Associazione costituzionale di Bergamo sulla giustizia nell'amministrazione. Quel discorso ebbe il merito di puntualizzare in felice sintesi lo stato di disagio determinato dalla mancanza nel sistema giuridico allora vigente di una tutela giurisdizionale, nei confronti del potere esecutivo, delle posizioni soggettive dei singoli non elevate alla dignità di diritti; e contribuì in modo decisivo a predisporre gli spiriti e gli ingegni degli uomini politici del tempo a quella importantissima affermazione dello Stato di diritto, che fu la istituzione, realizzata nove anni dopo, della IV Sezione del Consiglio di Stato e l'attribuzione a essa della giurisdizione, prima mancante, a tutela degli interessi legittimi dei particolari nei confronti del potere esecutivo.

I settant'anni trascorsi dalla istituzione di questa nuova giurisdizione ne hanno collaudato la vitalità e la importanza: persino nel periodo della dittatura fascista il Consiglio di Stato ha rappresentato un solido ed efficace baluardo contro molti abusi dell'esecutivo; e nel regime delle ripristinate libertà democratiche esso rappresenta uno dei cardini del sistema di garanzie assicurate al singolo nei confronti dei pubblici poteri.

Può dirsi però che quella che fu settant'anni or sono una conquista di portata enorme, sia ancor oggi da considerare una mèta insuperabile, e che il sistema allora instaurato sia tale da appagare ogni coscienza pensosa delle garanzie della legalità dell'azione dei pubblici poteri? La risposta negativa s'impone.

La riforma della giustizia amministrativa realizzata nel 1889 si inseriva con piena coerenza in un sistema sociale imperniato sull'individuo. In tale sistema non poteva non esser considerato soddisfacente un ordine di garanzie giurisdizionali destinato a completare, attraverso la tutela degli interessi legittimi, il sistema di garanzie giurisdizionali accordate ai singoli nei confronti dei pubblici poteri mediante la possibilità, assicurata fin dal 1865, di agire innanzi ai giudici civili per la difesa dei diritti soggettivi. In tal modo ogni posizione di interesse soggettivo fatta oggetto di considerazione da parte dell'ordinamento veniva ad avere la possibilità di un'istanza giurisdizionale: da un lato i diritti soggettivi (posizioni di interesse soggettivo considerate e protette dall'ordinamento in modo diretto e immediato, mediante l'imposizione ad altri soggetti di corrispondenti obblighi), dall'altro gli interessi legittimi (posizioni di interesse soggettivo protette in modo indiretto e mediato, in quanto fatte oggetto di considerazione particolare e specifica da norme attinenti alla regolamentazione dei doveri, che i pubblici poteri sono tenuti a osservare nell'interesse generale nell'esercizio della propria attività pubblica).

Da questo sistema di garanzie giurisdizionali rimangono però escluse tutte quelle posizioni di interesse soggettivo che l'ordinamento non fa oggetto di particolare considerazione, nè diretta, nè indiretta. Per assurgere alla dignità di interesse legittimo, una posizione soggettiva deve essere non soltanto differenziata da quelle degli altri soggetti dell'ordinamento giuridico, ma altresì qualificata (e cioè particolarmente evidenziata) dall'ordinamento, mediante una specifica considerazione, sia pure in occasione di una normazione introdotta nell'interesse generale. Tutte le posizioni di interesse soggettivo che non posseggano gli attributi della differenziazione e della qualificazione rimangono nel campo degli interessi sforniti di protezione giuridica; e si badi che, sia dal punto di vista quantitativo, che dal punto di vista qualitativo, tali posizioni non sono di poco conto; e — quel che è più importante — sono spesso correlate ad attività dei poteri pubblici di grande e persino di grandissimo rilievo.

Queste ultime osservazioni si spiegano facilmente quando si consideri che il vigente sistema — tuttora imperniato sulla tutela dei soli interessi soggettivi — non considera e non protegge, se non eccezionalmente, gli interessi delle collettività e dei gruppi, salvo che tali entità sociali siano state ritenute meritevoli di personificazione, e sempre nei limiti delle finalità istituzionalizzate.

Occorre così che, mentre esistono garanzie giurisdizionali idonee ad assicurare l'osservanza del procedimento di nomina di un netturbino o di un becchino del più modesto comune montano, non ne esista alcuna

per assicurare che non vengano superati i limiti massimi di durata della gestione commissariale e vengano indette a tempo debito le elezioni amministrative di un comune di un milione di abitanti; che non venga indefinitamente perpetuata la gestione commissariale di un grande ospedale o di un ente governativo di portata nazionale; ecc. Occorre ugualmente che, mentre esiste la garanzia giurisdizionale perchè in un concorso per una sede farmaceutica o per un posto di primario ospedaliero vengano osservate le più modeste formalità di procedura, le rispettive amministrazioni possono mancare di osservare le norme che impongono di provvedere immediatamente alla copertura delle sedi e dei posti vacanti, lasciando indefinitamente coperti a titolo precario la sede o il posto liberi, così come possono addirittura mancare di osservare le norme che impongono di provvedere alla copertura delle sedi e dei posti vacanti mediante concorso, provvedendovi invece per chiamata, senza che alcuna garanzia giurisdizionale possa essere validamente impiegata da nessuno a presidio dell'osservanza delle une come delle altre norme. In tutti i casi indicati, pur essendo le illegalità di carattere macroscopico, manca infatti la lesione di interessi soggettivi particolarmente qualificati (tali non essendo considerati quelli degli aspiranti a partecipare a un concorso non bandito). E gli esempi potrebbero facilmente moltiplicarsi.

Queste evidenti incongruenze sollecitano a porre il problema dei modi di ovviare alle incompletezze, che i dispositivi destinati a realizzare, mediante adeguate garanzie giurisdizionali, il principio dello Stato di diritto, attualmente presentano.

Se gli interessi attualmente sforniti di tutela, dei quali si è discorso, non si qualificano sul piano giuridico in quanto interessi individuali, non v'ha dubbio che essi, in un sistema il quale tende a dare sempre maggiore riconoscimento agli interessi dei gruppi sociali (inserimento dei partiti politici nella dinamica delle istituzioni dello Stato; stipulazione dei contratti collettivi con efficacia *erga omnes* da parte delle associazioni professionali; rappresentanza e istituzionalizzazione degli interessi di categoria in sempre più numerosi organismi dello Stato e degli enti minori; ecc.), meritino considerazione e tutela proprio nel quadro degli interessi collettivi. E sembra giusto che la legittimazione ad agire in difesa di essi vada attribuita appunto ai gruppi sociali cui quegli interessi sono propri, e, ove del caso, a chi sia ammesso ad agire in luogo di essi in veste di attore popolare (si pensi al caso delle ritardate elezioni amministrative). Infatti costituisce indubbiamente una deficienza del sistema che essi continuino a restar privi di tutela giurisdizionale.

Fin quando l'esigenza della garanzia giurisdizionale di siffatti interessi non sarà stata soddisfatta, e l'istituto dell'azione popolare non sarà stato potenziato, non si potrà affermare che lo Stato di diritto abbia avuto piena realizzazione.

Nè quella segnalata è nell'attuale ordinamento la sola importante deficienza nella realizzazione dello Stato di diritto. Non poche altre se ne potrebbero lamentare; e indubbiamente compirebbe opera meritoria chi volesse esplorare a fondo questo importante campo di indagine. Nelle presenti brevi note, noi dedicheremo qualche fugace osservazione, a mero titolo indicativo, soltanto a un altro settore: quello della discrezionalità amministrativa.

È noto che, salvo rare eccezioni, nel campo della discrezionalità amministrativa non è ammesso il sindacato giurisdizionale; ed è naturale e indispensabile che sia così, essendo l'autorità amministrativa la sola idonea alle valutazioni necessarie per certe scelte. Appunto perciò rappresenta però un'esigenza del principio di legalità, da un lato, che i casi di discrezionalità non siano più di quelli strettamente indispensabili secondo i più sani criteri di politica amministrativa (lo notava già lo Spaventa nel famoso discorso di Bergamo), e dall'altro che l'ordinamento predisponga adeguate garanzie per assicurare che le scelte rimesse all'Amministrazione avvengano realmente nell'interesse pubblico e secondo sani criteri di obbiettività e di giustizia sostanziale.

Qui non si vuole fare una critica alla legislazione, e neanche fornire un completo o almeno sufficiente panorama dei casi di discrezionalità amministrativa che la nostra legislazione presenta, ma soltanto offrire qualche indicazione esemplificativa di casi di massima libertà di scelta da parte dei pubblici poteri. Tali casi erano già molti in passato: si pensi, ad es., alle nomine, effettuate « a scelta » a molti uffici direttivi e tecnici delle amministrazioni statali, ma non a essi soltanto (infatti, ad es., vengono tuttora reclutati secondo il più libero apprezzamento, e senza alcuna canonizzata valutazione comparativa delle istanze, gli agenti della maggior parte dei corpi di polizia statali); si pensi ancora alla scelta delle località e delle modalità per la realizzazione delle opere pubbliche; e così via. Ma di gran lunga più numerosi essi sono diventati con l'estensione — propria dello « Stato di benessere » (*welfare State*) — dell'attività dei pubblici poteri a settori prima a essi ignoti, soprattutto nel campo della sicurezza sociale e dell'economia: concessione di contributi, sovvenzioni, finanziamenti, garanzie patrimoniali a soggetti privati e pubblici; operazioni economiche e finanziarie nei singoli settori in cui i pubblici poteri sono diven-

tati essi stessi operatori economici; nomina e revoca di dirigenti di enti e imprese (spesso di grandissima importanza), ecc., ecc., sono tutti atti della più lata discrezionalità.

Orbene, che scelte spesso di vasta e addirittura vastissima portata per il destino della collettività o di vitali settori di essa avvengano non soltanto senza la garanzia di una efficace sindacabilità *a posteriori,* ma pure senza un minimo di garanzie *a priori,* non è un carattere positivo del sistema. Non v'ha dubbio che in certi campi — in particolare in quelli dell'operare economico, nei quali occorre spesso muoversi in base a criteri di spregiudicato dinamismo — le garanzie — specialmente quelle di ordine procedurale — potrebbero risolversi in dannose pastoie. Ma in altri campi un sistema di garanzie non può non riuscire di vantaggio per il bene generale.

Per esempio, non rappresenterebbe un ostacolo al migliore svolgimento dell'azione amministrativa che le scelte agli alti uffici e agli uffici tecnici dello Stato, ai quali è consentito provvedere per chiamata, avvenissero previa pubblicazione della notizia della necessità di provvedere, sì da poter avere a disposizione una rosa di candidati tra i quali scegliere comparativamente; e altrettanto — a maggior ragione — può dirsi pel fatto che venisse disposto che alle nomine degli amministratori degli enti pubblici e delle imprese private a prevalente partecipazione pubblica si proceda scegliendo non a caso, bensì tra rose di nomi segnalati da enti e categorie particolarmente qualificati per i singoli settori. In tal modo, mentre da un lato si eliminerebbero, e quanto meno si ridurrebbero, i sospetti circa i criteri delle scelte, da un altro si consentirebbe, a chi deve provvedere, di scegliere nell'àmbito di designazioni qualificate e presumibilmente obbiettive, e perciò più vicine all'interesse generale, e infine si assicurerebbero, sia all'interno che all'esterno, i vantaggi che sempre ineriscono ai giudizi comparativi e alla possibilità per i candidati di rappresentare al momento giusto i rispettivi titoli e posizioni, con conseguente possibilità di più adeguato giudizio anche in sede di controllo politico.

Un altro esempio. Le concessioni dei finanziamenti delle opere pubbliche degli enti locali, come quelle degli edifici sociali delle cooperative edilizie avvengono oggi secondo la più libera scelta. Non sarebbe più consono al principio di legalità che, annualmente, o per periodi più brevi, le singole richieste di finanziamento venissero ammesse, previa pubblicazione di esse, ad istruttoria comparativa, eventualmente con possibilità di opposizione successiva all'attribuzione del finanziamento, mettendo in tal modo i singoli istanti in posizione di conflitto di interessi, con conseguente possibilità di utilizzare le reciproche

osservazioni nell'interesse generale ed effettuare un miglior vaglio nella scelta?

E gli esempi potrebbero continuare.

Se molto si è fatto sul cammino dello Stato di diritto, ancora molto, dunque, si può e si deve fare. E tanto più imperiosa è questa esigenza, in un Paese nel quale l'esperienza democratica è recente, imperfetta e non acquisita ancora a tutte le coscienze. La democrazia è conquista di ogni giorno, nelle istituzioni come nelle coscienze.

Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1961, I, pp. 616-620

* *Nota* a Cass., Sez. I, 27 gennaio 1961 n. 125, *ibid.*, p. 616; la massima è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I: 27 GENNAIO 1961 N. 125; PRES. ED EST. ROSSANO, P. M. COLONNESE (CONCL. DIFF.); GARELLI (AVV.TI MENGHINI, BODDA, ARTOM) C. CONS. NAZ. ARCHITETTI E ORDINE DEGLI ARCHITETTI DEL PIEMONTE.

Non compie violazione del decoro professionale e non è, quindi, per la violazione stessa, suscettibile di sanzione disciplinare, l'architetto che espleti un incarico concernente un progetto di costruzione di un edificio, già conferito ad altro professionista dallo stesso committente, senza porsi in relazione con il professionista medesimo al fine di assicurarsi che gli sia stato corrisposto l'onorario.

Per antica tradizione, le cui prime affermazioni riguardano gli avvocati e i procuratori legali (ma le cui origini hanno radici assai più remote dello Stato democratico moderno), le classi dei professionisti intellettuali godono di ampi poteri di autogoverno.

Questi si esercitano prevalentemente nel campo della tenuta degli albi, delle tariffe degli onorari, della disciplina degli appartenenti alla categoria: e si esprimono non soltanto nella forma dell'autarchia, ma anche in quelle dell'autonomia e dell'autocrinia (su quest'ultimo concetto, e su alcune applicazioni di esso, vedi JAEGER, *La ripartizione dei poteri giurisdizionali in uno Stato federale ed il concetto di giurisdizione indiretta (autocrinia)*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano 1951, 559 ss.; SANDULLI, *Sulla « posizione » della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1960, 705).

L'autonomia non si esprime soltanto nella potestà normativa in materia di contributi dovuti dagli appartenenti alla classe, nella partecipazione alla determinazione delle tariffe degli onorari e alla determinazione delle norme per i procedimenti contenziosi innanzi agli organi della classe, nella prerogativa di far sentire la voce della categoria in occasione della elaborazione di nuove leggi che la riguardino, ma ha forse la più squisita e gelosa espressione nella creazione spontanea e nella elaborazione dei precetti di deontologia professionale, che la partecipazione attiva dei singoli professionisti alla vita di relazione viene foggiando di giorno in giorno per l'intera categoria, e questa, a propria volta, ricerca, enuclea e proclama in occasione delle pronunce dei propri organi sui ricorsi che è chiamata a decidere, sì da dare ai precetti stessi, attraverso il formarsi della casistica, la consacrazione di vero e proprio codice deontologico.

Quello in esame è, senza dubbio, uno dei campi in cui con maggior compiutezza e spontaneità si è realizzato il fenomeno del decentramento istituzionale (e il merito risale non solo agli ordinamenti democratici, ma anche e soprattutto al vigore delle tradizioni e all'elevatezza della sensibilità sociale degli appartenenti ai gruppi professionali).

La entificazione (e cioè la elevazione a soggetti giuridici) degli ordinamenti delle classi professionali è stata generalmente realizzata, in seno all'ordinamento statale, su base locale e non su base nazionale. Gli ordini e i collegi professionali — che sono gli enti pubblici in cui tale entificazione si concreta — hanno generalmente carattere locale (per la distinzione fra ordini e collegi, vedi il d.l. 24 gennaio 1924 n. 103, cui fa richiamo il d.l. 23 novembre 1944 n. 382), e solo raramente sono federati in enti nazionali (così avviene per le professioni sanitarie, per le quali vedi il d.l. 13 settembre 1946 n. 233).

Il fatto che gli appartenenti alle singole professioni facciano parte di ordini o collegi a carattere locale non significa però che essi non possano o non debbano essere considerati come componenti di un ordinamento unitario di ampiezza nazionale. La classe professionale si presenta infatti come un'unità sociale dotata di regole comuni, valide e operanti in tutto il territorio dello Stato: onde, se non può esser considerata come un unico ente giuridico, non può non esser considerata come un ordinamento giuridico unitario (cfr. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi publici*, nel *Trattato di dir. amm.* dell'ORLANDO, II, 3°, 380). Anche dove manchi una entificazione giuridica dell'intera classe, esistono, del resto, organi che sono propri della classe nella sua unità.

Appunto tale carattere rivestono i Consigli nazionali delle varie professioni (art. 10 d.l. 23 novembre 1944 n. 382; art. 2 d.l. 21 giugno 1946 n. 6); i quali nella loro odierna configurazione sono sicuramente espressione delle rispettive classi professionali, e ne testimoniano l'unità e l'autonomia. Essi sono organi rappresentativi della classe; e, se pongono in essere atti validi e operanti per l'ordinamento generale dello Stato, ciò è perchè lo Stato ritiene confacente agli interessi generali elevare alla dignità di organi del proprio ordinamento certi elementi esponenziali dell'ordinamento della classe, realizzando in tal modo una squisita forma di autogoverno.

* * *

Il fenomeno ha avuto una lenta maturazione. Fino a epoca piuttosto recente l'unità delle singole categorie professionali, pur sicuramente avvertita dagli appartenenti alle categorie stesse, non si esprimeva in precetti dell'ordinamento statale. Soltanto col regolamento (di tutt'altro che certa legittimità) approvato col r.d. 23 ottobre 1925 n. 2537, riguardante le professioni di ingegnere e di architetto, ed emanato per l'attuazione della l. 24 giugno 1923 n. 432 (riguardante l'istituzione di quegli ordini professionali), fu previsto per la prima volta un organo dotato di competenza specifica ed esclusiva, sul piano nazionale, in relazione a tutti gli appartenenti a una classe professionale. Si trattava di una Commissione centrale, cui venne demandato il compito di decidere — persino in forma giurisdizionale — sulle impugnative proposte, anche in merito, contro le determinazioni dei singoli ordini locali degli ingegneri e degli architetti in materia di iscrizioni negli albi e di mancanze disciplinari dei professionisti (art. 13, e 48-49). La Commissione doveva avere sede presso il Ministero dei lavori pubblici ed esser presieduta da un presidente di sezione del Consiglio superiore dei lavori pubblici; e dovevano farne parte, oltre a tre ingegneri o architetti componenti dello stesso Consiglio superiore e un magistrato (tutti nominati con decreto reale), sei rappresentanti dei consigli degli ordini degli ingegneri e degli architetti, eletti da tutti gli appartenenti agli ordini stessi (art. 14). Si trattava indubbiamente di un organo statale. Ma per la prima volta era previsto un organo preposto all'intera classe professionale e avente attribuzioni limitate alla classe, e — cosa assai significativa — erano chiamati a farne parte — per giunta, in maggioranza — elementi appartenenti alla classe, scelti direttamente dagli esponenti elettivi della classe stessa. Fino ad allora al di sopra degli ordini e collegi locali non esisteva alcun organo che potesse, sia pur limitatamente, considerarsi espressione dell'intera classe. Infatti i provvedimenti degli ordini e dei collegi dovevano essere impugnati innanzi alle Corti di appello (l. 8 giugno 1874 n. 1938 e reg. 26 luglio 1874 n. 2012 per gli avvocati e i procuratori; l. 15 luglio 1906 n. 327 e reg. 9 dicembre 1906 n. 715 per i ragionieri), o innanzi ad altri organi statali estranei (in base alla l. 10 luglio 1910 n. 455 i provvedimenti degli ordini delle professioni sanitarie dovevano essere impugnati innanzi al Consiglio superiore di sanità).

Peraltro l'ordinamento del 1925 non fu realizzato, in quanto, introdotta la disciplina sindacale-corporativa anche per le libere professioni (l. 3 aprile 1926 n. 563, art. 4; r.d. 1° luglio 1926 n. 1130, art. 11 e 12), gli ordini degli ingegneri e degli architetti non furono, per allora, istituiti.

Un ulteriore passo legislativo era stato intanto compiuto con la l. 25 marzo 1926 n. 453, sull'ordinamento delle professioni degli avvocati e dei procuratori, la quale, innovando dopo oltre cinquant'anni agli ordinamenti istituiti con la l. 8 giugno 1874 n. 1938 per tali professioni — ordinamenti che avevano esercitato decisiva influenza sulle poche leggi relative ad altre professioni che si erano susseguite fino al 1925 (ragionieri, sanitari, e architetti e ingegneri) —, istituì il Consiglio superiore forense, trasferendo a esso la competenza, già delle Corti di appello, a decidere i ricorsi avverso i provvedimenti degli ordini professionali locali in materia di albi e di disciplina, e attribuendogli inoltre poteri amministrativi riguardo all'intera classe e ai singoli ordini costituenti le istituzioni periferiche di essa (art. 24, 25, 44, 54).

Col Consiglio superiore forense per la prima volta fu preposto a una classe professionale un organo composto di elementi scelti tutti direttamente dal seno di essa: i trentadue componenti del Consiglio dovevano essere tutti avvocati. Peraltro soltanto una metà venivano eletti dalla classe (mediante elezione di secondo grado, in quanto vi partecipavano soltanto i componenti dei consigli degli ordini), mentre l'altra metà erano di nomina governativa (art. 41).

Anche questo ordinamento non ebbe però attuazione, essendo stato a sua volta superato dalla legislazione sindacale-corporativa (r.d. 6 maggio 1926 n. 747; r.d. 26 agosto 1926 n. 1683, art. 84 ss). Per breve tempo, le funzioni del Consiglio superiore furono affidate a una Commissione reale superiore straordinaria; e il Consiglio superiore cominciò a funzionare soltanto dopo l'introduzione del principio della nomina governativa di tutti i suoi componenti (d.l. 22 novembre 1928 n. 2580). Successivamente il Consiglio fu trasformato in Commissione centrale per gli avvocati ed i procuratori, costituita da appartenenti alla categoria sempre di nomina governativa, ma designati dal sindacato nazionale della classe forense (art. 52 d.l. 27 novembre 1933 n. 1578). E su basi analoghe vennero organizzate le Commissioni centrali per le altre categorie professionali (vedi al riguardo IANNELLI, *Ordinamenti professionali*, in *Nuovo Digesto ital.*, Utet, Torino 1939, IX, 192 ss.).

Peraltro le professioni sanitarie non ebbero mai una Commissione centrale costituita di soli appartenenti alla categoria professionale (d.l. 5 marzo 1935 n. 184). E gli ingegneri e gli architetti ebbero anch'essi — in conformità di quanto prevedeva il regolamento del 1925 sopra citato — una Commissione composta con la partecipazione di elementi estranei alla categoria (r.d. 27 ottobre 1927 n. 2145, art. 14). In seno allo stesso ordinamento sindacale-corporativo a queste classi professionali era fatta dunque una posizione di minore autonomia.

Fu solo col ripristino dell'ordine democratico che le Commissioni centrali di tutte le pro-

fessioni (salvo quella per le professioni sanitarie, per le quali vedi il d.l. 13 settembre 1946 n. 233) e il Consiglio superiore forense — consessi denominati tutti, a partire dal 1946, consigli nazionali — tornarono a un sicuro, e anzi più pieno, carattere di rappresentatività delle rispettive categorie professionali, essendo composti di professionisti eletti dai Consigli dei rispettivi ordini e collegi (art. 10 e 21 d.l. 23 novembre 1944 n. 382 e d.l. 21 giugno 1946 n. 6).

Tali organi supremi delle rispettive categorie professionali, oltre ad esplicare funzioni normative e amministrative, hanno (a differenza dei consigli degli ordini e dei collegi locali) anche funzioni giurisdizionali nei confronti degli appartenenti alla classe, in sede di impugnativa delle decisioni (amministrative) adottate dai consigli degli ordini e collegi in materia di tenuta degli albi e di disciplina degli iscritti (sulla natura giurisdizionale di tali attribuzioni, vedi, p. es., Cass. 17 giugno 1947 n. 963, *Foro it.* 1948, I, 120, con nota di PERGOLESI; 29 ottobre 1952 n. 3052, *Giur. compl. Cass. civ.* 1953, III, 12, con nota di ALBANESI; 6 ottobre 1954 n. 3350, in questa *Rivista* 1954, 2251; 22 ottobre 1958 n. 3393, *Giur. it.* 1959, I, 1, 997, con nota di LEGA).

Al giorno d'oggi l'autogoverno delle classi dei liberi professionisti ha attinto dunque il suo più alto vertice, salvo una certa attenuazione per le professioni sanitarie.

* * *

L'espressione più elevata di tale autogoverno è indubbiamente rappresentata — come si è accennato fin dal principio delle presenti note — dalla creazione spontanea, enunciazione, custodia e garanzia delle regole di deontologia professionale. Come si rimette alla classe professionale per l'ammissione negli albi e per la conservazione e la tenuta di questi — per le quali è peraltro esso stesso a fissare le regole —, lo Stato, parimenti, si rimette alla sensibilità della classe e dei suoi organi per la selezione, la conservazione e l'osservanza delle regole di correttezza e di decoro professionale, astenendosi però per queste da ogni ingerenza, convinto che il più geloso custode del prestigio della classe abbia a essere la classe stessa. Infatti, diversamente dagli altri campi della materia disciplinare, la legislazione statale non si estende alla individuazione e alla graduazione delle infrazioni alla deontologia professionale, limitandosi a disporre che per gli « abusi » e le « mancanze » commesse (art. 5 n. 4 l. 24 giugno 1923 n. 1395 e art. 43 r.d. 23 ottobre 1925 n. 2537 per gli ingegneri e gli architetti; art. 38 d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 per gli avvocati e i procuratori) e per i « fatti non conformi alla dignità e al decoro professionali » (art. 38 d.l. n. 1578 cit., e, analogamente, art. 5 n. 4 l. n. 1395 cit.) il professionista è soggetto a certe sanzioni amministrative, che si limita a indicare, senza specificare a quali infrazioni esse si riferiscano. Anzi talvolta la legge si limita puramente e semplicemente a enunciare il concetto che agli organi della classe compete di « esercitare il potere disciplinare » nei confronti degli appartenenti alla classe stessa, senza enunciare alcuna specificazione circa l'obbietto di tale potere (art. 3, lett. *f*, d.l. 13 settembre 1946 n. 233, per i sanitari).

È chiaro quindi che la definizione sul piano sostanziale di ciò che costituisce infrazione ai precetti deontologici, come pure la graduazione degli « abusi » e delle « mancanze », sono rimesse, non diversamente dalla correlativa commisurazione delle sanzioni, all'autonoma valutazione degli organi locali e centrali della classe, salvo — per le professioni sanitarie — l'ulteriore giudizio dell'organo statale centrale preposto a sindacare, anche nel merito, l'operato degli organi professionali locali (del resto in ogni campo della materia disciplinare, anche se regolata dalla legge — e in particolare in alcuni settori di essa, e segnatamente nella disciplina militare — esistono ampie zone, riguardanti la configurazione delle mancanze e la scelta delle sanzioni, che sono rimesse alla valutazione libera dell'autorità, senza possibilità di sindacato di legittimità: vedi, di recente, in proposito, LANDI, *Profili delle leggi di Stato ed avanzamento degli ufficiali*, *Riv. amm.* 1961, 6 ss.).

Se così è, sembra debba trarsene la conseguenza che nessun potere di sindacato può essere riconosciuto alla Corte di cassazione in ordine alla configurazione da parte degli organi professionali di un certo fatto del professionista come « abuso » o « mancanza » o come « fatto non conforme alla dignità e al decoro professionale ». Ciò alla stessa maniera che nessun sindacato della Corte di cassazione può ammettersi sulla valutazione della sussistenza del requisito della « condotta specchiatissima e illibata », richiesto dall'art. 17 n. 3 e dall'art. 27 n. 1 d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 per l'iscrizione negli albi degli avvocati e dei procuratori (cfr. MUSATTI, *L'ordre est maître de son tableau*, in nota alla contraria sent. Cass. 25 luglio 1951 n. 2146, *Foro it.* 1952, I, 877).

Di tale soluzione non poteva minimamente dubitarsi allorquando le disposizioni della materia ammettevano il sindacato della Corte di cassazione sulle pronunce delle giurisdizioni professionali soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 17 r.d. 23 ottobre 1925 n. 2537 per gli ingegneri e gli architetti; art. 19 d.l. 13 settembre 1946 n. 233 per i sanitari). Ma non sembra possa dubitarsene neanche in presenza delle vigenti disposizioni, che estendono il sindacato della Corte suprema all'osservanza, da parte delle giurisdizioni professionali, delle norme che riguardano il contenuto del provvedimento di loro competenza (il sindacato della Corte di

cassazione sul vizio di violazione di legge fu introdotto per la prima volta in ordine alle pronunce del Consiglio superiore forense con la l. 25 marzo 1926 n. 453; ma oggi si estende a tutte le pronunce giurisdizionali degli organi professionali di ultima istanza, in virtù dell'art. 111 Cost.).

Il diritto vigente riserva ai poteri di autonomia e di autocrinia della classe e dei suoi organi la creazione, l'individuazione e l'applicazione delle regole di deontologia dei suoi componenti; ma non fa assurgere tali regole a norme dell'ordinamento generale, e non le assimila a queste. Trova cioè applicazione al riguardo il principio (per il quale vedi di recente MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. digesto ital.*, V, 1105; ma già CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano 1940, 85 ss.; e presso entrambi altre indicazioni), secondo cui le fonti extragiuridiche non si trasformano, di regola, in fonti dell'ordinamento generale.

Di conseguenza ogni ingerenza della Corte di cassazione in tale campo, operando in un settore di spettanza delle giurisdizioni professionali (che per l'ordinamento generale assumono veste di giudici di merito), non limitato da disposizioni dell'ordinamento generale — se non per ciò che attiene alla necessità del rispetto dei precetti costituzionali, di ogni altro precetto inderogabile, e dei principi generali dell'ordinamento giuridico (precetti e principi, i quali tutti rappresentano limite invalicabile da parte di qualsiasi potere autonomico) —, verrebbe a risolversi (se e in quanto i limiti della propria competenza siano stati osservati dalla giurisdizione professionale) in una invasione, non tanto (come si legge nella pronuncia del Consiglio nazionale cassata dalla Corte Suprema con la sentenza qui annotata) della sfera della « discrezionalità » della giurisdizione professionale (chè la ricerca della regola non giuridica da applicare non è campo aperto alla discrezionalità: cfr. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubbl. amm.*, Milano 1939, 115, nota 20; *contra* MORTATI, *Discrezionalità*, *cit.*, 1109), quanto della sfera del « merito » (chè al merito attiene la ricerca e l'applicazione di regole extragiuridiche), preclusa, appunto perchè tale, alla funzione di nomofilachia propria della Corte di cassazione. Non diversamente restano immuni dal sindacato di legittimità — in quanto anch'esse attengono alla sfera del merito — le valutazioni in base a regole tecniche che vengono emesse in sede di giudizio di stima dalle Commissioni tributarie, e le valutazioni in base alle regole dell'equità che vengono emesse dai giudici di equità, e talvolta dagli stessi giudici comuni (si pensi, a es., al caso dell'art. 2045 e a quello dell'art. 2099 comma 2 c.c.).

Nella fattispecie in esame viene in questione un giudizio alla stregua di precetti che l'ordinamento generale non eleva a proprie norme, e che pertanto sono da considerare, per quest'ultimo, precetti extragiuridici (per altri esempi del genere, vedi CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, 33 ss., 37 ss.). Ed è appunto perciò che sull'osservanza di essi non può essere ammesso il sindacato della Corte di cassazione, che l'ordinamento limita all'osservanza delle norme dell'ordinamento generale (sul problema della ammissibilità di un sindacato, in sede di giudizio di legittimità, sulla osservanza delle regole di condotta extragiuridiche, vedi, con particolare riferimento alle massime di esperienza, la letteratura indicata da ANDRIOLI, *Commento al cod. di proc. civ.*, 3ª ed., II, Napoli 1956, 505, cui *adde* MORTATI, *op. cit.*, 1105; nel senso che casi di questo genere siano esenti persino dalla giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato, vedi la giurisprudenza meno recente ricordata da CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, 35, nota 22, e quella più recente ricordata nella *Relazione* del Presidente su *Il Consiglio di Stato nel settennio 1951-57*, III, Roma 1960, 287).

Ne risulta che i soli profili di carattere contenutistico, nel cui ambito può esser consentito alla Corte di cassazione un sindacato di legittimità sulle pronunce dei Consigli nazionali professionali in materia di deontologia professionale, sono quelli che possano farsi rientrare nel disposto dell'art. 360 n. 5 c.p.c. (omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione sopra un punto decisivo); quegli altri che eventualmente ineriscano alla violazione di precetti costituzionali, o di altri precetti inderogabili, o di principi generali dell'ordinamento giuridico; e quelli, infine, che riguardino l'incidenza della pronuncia su oggetti estranei alla deontologia professionale (ma in quest'ultimo caso la violazione di legge viene a coincidere col difetto di giurisdizione e ne resta assorbita).

* * *

Senza entrare nel merito delle valutazioni compiute dalla Corte in ordine alla sussistenza nel caso concreto di una « mancanza professionale » nel comportamento ascritto al professionista cui la causa si riferiva, non mi sentirei dunque di condividere il punto di vista della pronuncia qui annotata, proprio perchè mi sembra che la Corte, pur ritenendo che l'organo professionale aveva sbagliato avrebbe dovuto arrestarsi alle soglie di quelle valutazioni.

Sull'applicabilità dell'art. 327 c.p.c. al ricorso per cassazione avverso decisioni di giudici speciali*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1962, I, pp. 122-126

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 25 luglio 1961 n. 1089 e 14 luglio 1961 n. 1711, *ibid.*, pp. 121-122;
le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

I.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 25 LUGLIO 1961 N. 1809: PRES.OGGIONI P.P., EST. ROSSI, P. M. PEPE (CONCL. CONF.); DITTA F.LLI CIOCCA (AVV. UGHETTO) C. MINISTERO TRASPORTI (AVV. GEN. DELLO STATO).

Rispetto alle decisioni dei giudici speciali (o degli organi specializzati dell'autorità giudiziaria ordinaria) la decadenza sancita dall'art. 327 c.p.c. può trovare applicazione qualora le norme che regolano i relativi procedimenti contengano un rinvio formale, esplicito o quanto meno implicito, a quelle del codice di procedura concernenti le modalità di pubblicazione della sentenza; oppure non dispongano al riguardo (nel qual caso, in difetto di una norma ad hoc, *si può ritenere applicabile in via analogica il disposto dell'art. 133 c.p.c.); o, infine, prescrivano direttamente forme e modalità di pubblicazione che siano sostanzialmente analoghe a quelle predisposte dall'art. 133, sì da realizzare lo stesso risultato pratico: consentire, cioè alle parti di avere cognizione, non soltanto del dispositivo della pronuncia, ma anche della* ratio decidendi *(motivazione). Per contro, l'art. 327 non è applicabile qualora le leggi speciali, regolando in modo autonomo e diverso la pubblicazione delle decisioni, non offrano le dette garanzie: come, ad es., nei casi in cui dispongano che la pubblicazione abbia luogo mediante la semplice lettura o comunicazione del dispositivo. (Applicazione alle decisioni del Consiglio di Stato).*

In conformità di quanto stabilisce, in via di massima, l'art. 362 c.p.c., il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, contro le decisioni del Consiglio di Stato, può essere proposto, ai sensi del combinato disposto degli art. 325 e 326 stesso codice, entro il termine di giorni sessanta dalla notificazione della decisione, ancorché sia già decorso oltre un anno dalla pubblicazione della decisione stessa.

II.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 14 LUGLIO 1961 N. 1711; PRES. VERZÌ, EST. IANNELLI, P. M. COLLI (CONCL. CONF.); COMUNE DI NAPOLI (AVV.TI PERFETTO, PECCERILLO) C. COPPOLA (AVV.TI DI GIURO, GUALTIERI) E ALTRI.

La norma dell'art. 327 c.p.c., secondo la quale, indipendentemente dalla notificazione della sentenza, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei n. 4 e 5 dell'art. 395 non possono essere proposti dopo un anno dalla pubblicazione della sentenza stessa, è applicabile alle decisioni dei giudici speciali, a meno che le norme che regolano le decisioni stesse non prevedano una deroga espressa. (Nella specie, trattavasi di decisione della giunta per le espropriazioni presso la Corte di Appello di Napoli).

1. L'art. 327 c.p.c. vigente, innovando rispetto al codice del 1865, ha disposto che, indipendentemente dalla notificazione della sentenza (e cioè, tanto se questa sia stata notificata, quanto se non sia stata notificata o sia stata malamente notificata), la generalità delle impugnazioni, e tra esse il ricorso per cassazione, non possono essere proposte quando sia decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza.

Sorse subito il problema se la nuova regola dovesse trovare applicazione anche per il ricorso per cassazione avverso le sentenze dei giudici speciali; e dapprincipio la giurisprudenza lo risolse in senso negativo (Cass. 25 febbraio 1948 n. 295, *Foro it.* 1949, I, 46), richiamandosi alle proprie precedenti affermazioni nel senso che il nuovo codice di procedura, mentre « regola in modo totalitario il ricorso per cassazione contro le decisioni dei giudici ordinari », per quello contro le decisioni dei giudici speciali si limita a dettare (nell'art. 362) « alcune determinate norme », lasciando per il resto che il ricorso rimanga « regolato dalle leggi particolari » (Cass. 16 aprile 1943 n. 896, *Foro it.* 1943, I, 564). Osservava inoltre quella prima sentenza del 1948 che la norma dell'art. 327 non è applicabile alle sentenze dei giudici speciali, non tanto perchè l'art. 362 dichiara che le decisioni di ultimo grado di tali giudici « possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'art. 325 comma 2 », senza far menzione anche del termine di cui all'art. 327, quanto perchè nei procedimenti tuttora vigenti per le giurisdizioni speciali, « possono mancare i presupposti » per l'applicazione di quest'ultimo articolo: presupposti che il codice aveva evidentemente ravvisati nel fatto che, in virtù degli adempimenti prescritti dagli art. 133 e 136 (i quali dispongono che del dispositivo della sentenza pubblicata le parti private siano informate mediante comunicazione a opera della cancelleria), « si ha la certezza » che, indipendentemente dalla notificazione, gli interessati abbiano avuto conoscenza della decisione. Mancando per le sentenze dei giudici speciali una disciplina uniforme per la pubblicazione, la comunicazione e la notificazione delle decisioni, quella prima pronuncia ritenne che, fin quando tale uniformità non fosse stata realizzata (e ciò sarebbe prevedibilmente avvenuto in occasione della applicazione della VI disp. trans. dell'allora recentissima Costituzione), l'art. 327 non potesse trovare applicazione nei confronti delle decisioni dei giudici speciali.

Si è voluto riassumere piuttosto ampiamente il ragionamento di allora della Corte di Cassazione, per sottolineare che esso individuava una *ratio legis* universalmente valida (la rilevata mancanza di uniformità dei sistemi di pubblicazione, comunicazione e notificazione), tale da investire tutte le decisioni dei giudici speciali (comprese quelle per le quali fossero eventualmente previsti degli adempimenti consimili a quelli contemplati dagli art. 133 e 136 per le sentenze dei giudici ordinari).

La sentenza del 1948 faceva una sola eccezione, riguardante le decisioni di quei giudici speciali, innanzi ai quali i processi fossero regolati non da norme proprie, bensì « con un espresso rinvio a tutte le norme del codice di procedura civile » (e quindi anche a quelle relative al ricorso per cassazione) (per una applicazione, v. Cass. 30 luglio 1951 n. 2239, *Foro it. Rep.* 1951, v. *Cassazione in materia civ.* 123-24).

2. Probabilmente quella prima sentenza era eccessivamente rigorosa. Non si vede infatti perchè essa dovesse limitare l'applicazione dell'art. 327 alle sole decisioni di giudici speciali il cui processo fosse regolato « con un espresso rinvio a tutte le norme del codice di procedura civile », e non estenderla anche alle decisioni di tutti i giudici speciali per l'impugnativa per cassazione delle decisioni dei quali fosse fatto rnvio (non importa se congiuntamente a un

rinvio riguardante altri aspetti del processo) al codice di procedura civile. Tuttavia la giurisprudenza si è orientata ben presto verso un'interpretazione assai meno rigorosa.

Ciò a partire dalla sentenza Cass. 16 novembre 1950 n. 2599 (*Foro it.* 1951, I, 742, la quale, lasciandosi influenzare dalla spiegazione (per giunta, non bene intesa) della *ratio legis* contenuta nella sentenza del 1948, più che dalle conclusioni da essa accettate, ritenne applicabile il precetto dell'art. 327 nei confronti delle decisioni di giudici speciali, oltre che nei casi in cui le norme a essi relative facciano rinvio al codice di procedura civile, anche in tutti i casi in cui, per disposizioni riguardanti il processo *de quo*, sia comunque stabilito che le decisioni stesse siano rese pubbliche mediante deposito presso l'ufficio del giudice che le pronunciò (« salvo norme contrarie od incompatibili con il sistema stabilito dal codice di rito civile »). In tal modo, però, non soltanto veniva posto in non cale l'originario criterio formale, che esigeva un espresso richiamo al codice di procedura civile (la critica si attaglia anche alla successiva sentenza Cass. 10 agosto 1953 n. 2697, in questa *Rivista* 1953, 2688, la quale ha ritenuto applicabile, ai fini dell'appello, l'art. 327 alle decisioni dei commissari per gli usi civici, nonostante che nella l. 16 giugno 1927 n. 1766 manchi un richiamo alle disposizioni del codice di procedura civile per ciò che riguarda le impugnative); ma veniva posto in non cale lo stesso criterio sostanziale, basato sull'esigenza, per l'applicabilità dell'art. 327, di garanzie tali da assicurare non soltanto la conoscibilità integrale della sentenza, da parte degli interessati, presso l'ufficio del magistrato che l'aveva pronunciata, ma anche la comunicazione agli interessati dell'avvenuto deposito della sentenza presso quell'ufficio (infatti la citata sentenza del 1950 riteneva applicabile l'art. 327 nel caso di una giurisdizione speciale — quella delle commissioni per le controversie relative alla requisizione degli alloggi — per la quale l'art. 11 d.lg. 25 maggio 1946 n. 425 disponeva semplicemente che « la decisione è resa pubblica mediante deposito nella segreteria »).

Nella giurisprudenza successiva, mentre non mancano riallacciamenti all'orientamento originario (Cass. 21 luglio 1953 n. 2432, *Giur. it.* 1954, I, 1, 160; 6 luglio 1957, n. 2672, in *Giust. civ. Rep.* 1957, v. *Brevetti* 15; Cass. 27 ottobre 1959 n. 3129, in questa *Rivista* 1960, I, 63), si riscontrano anche riaffermazioni dell'orientamento più recente.

In particolare questo viene riaffermato in entrambe le sentenze in rassegna, che nell'art. 327 ravvisano — come si esprime quella n. 1809 — addirittura un « principio generale dell'ordinamento processuale » valido per ogni sorta d'impugnativa di qualsiasi decisione giurisdizionale. Senonchè, mentre la sentenza n. 1809 mostra di accontentarsi, e nello stesso tempo di esigere, per l'applicabilità dell'art. 327, della esistenza, nella legge relativa alla giurisdizione speciale, di disposizioni le quali « prescrivano direttamente forme e modalità di pubblicazione che siano sostanzialmente analoghe a quelle predisposte dall'art. 133, sì da realizzare lo stesso risultato pratico: consentire, cioè, alle parti di avere cognizione, non soltanto del dispositivo della pronuncia, ma anche della *ratio decidendi* (motivazione) », la pronuncia n. 1711 considera sufficiente (in ciò accostandosi a quella del 1950 ricordata al numero precedente) che la sentenza sia stata pubblicata mediante deposito in cancelleria.

3. Lo strano è che, nonostante le riferite categoriche affermazioni, la sentenza n. 1809 (sulla scia delle precedenti Cass. 25 febbraio 1948 n. 295, cit.; 21 giugno 1952 n. 1825, *Giur. it.* 1953, I, 1, 730, che si limita a richiamarsi all'autorità della citata sentenza del 1948; 27 ottobre 1959 n. 3129, cit.) esclude l'applicabilità dell'art. 327 alle decisioni del Consiglio di Stato (v. anche Cass. 22 aprile 1954 n. 1193, in questa *Rivista* 1954, 888, relativamente a una decisione del Consiglio di giust. amm. per la Sicilia), malgrado che per esse effettivamente ricorrano modalità di pubblicazione non solo « sostanzialmente analoghe », ma anche più consistenti di quelle predisposte dall'art. 133. L'errore della sentenza in rassegna (già riscontrabile nella sent. 22 aprile 1954 n. 1198 cit.) consiste nell'aver ritenuto che la pubblicazione delle decisioni del Consiglio di Stato si riduca a quella formalità che l'art. 67 reg. di proc. 17 agosto 1907 n. 642 — il quale dispone che le decisioni sono « pubblicate » mediante lettura del dispositivo in udienza — denomina « pubblicazione », completata dalla comunicazione di tale « pubblicazione » agli avvocati costituiti (art. 9 l. 21 dicembre 1950 n. 1018). La pubblicazione vera e propria invece non si esaurisce nell'anzidetta lettura del dispositivo (della quale deve anche essere fatta relazione nel verbale d'udienza previsto dall'art. 73 reg. 21 aprile 1942 n. 444) e nella comunicazione agli avvocati, ma consta di un complesso di operazioni, delle quali la « pubblicazione » all'udienza non è che il momento iniziale: infatti dall'art. 74 reg. 21 aprile 1942 n. 444 risulta che il testo delle decisioni, una volta che queste si siano perfezionate (il che avviene con la sottoscrizione dei componenti del collegio e del segretario), deve essere conservato in segreteria perchè ne possa essere tratta copia ogni volta che ne venga fatta richiesta da chiunque vi abbia interesse (e quindi non soltanto dalle parti); e, secondo un principio di diritto processuale generale, il testo stesso viene esibito in segreteria a ogni richiesta del pubblico, proprio come avviene per le sentenze civili, avendo le decisioni il carattere di documenti pubblici.

La stranezza del riferito orientamento giurisprudenziale nei confronti delle decisioni del

Consiglio di Stato (già rilevata da MORONE, *Sull'applicabilità dell'art. 327 c.p.c. alle decisioni del Consiglio di Stato, Giur. it.* 1953, I, 1, 729 e da ANDRIOLI, *Comm. al c.p.c.*[3], Napoli 1956, II, 377) appare poi tanto maggiore, quando si raffronti il rigore dimostrato in esso con la larghezza risultante non solo dalla sent. 16 novembre 1950 n. 2599 cit., e dall'altra delle due sentenze qui annotate, ma, ancor più, dalla sent. Cass. 27 febbraio 1959 n. 565, *Giust. civ. Mass.* 1959, 197 (confermativa di App. Lecce 8 febbraio 1958, *Corti Bari, Lecce, Potenza* 1958, 444), la quale ha ritenuto (*incidenter tantum*) l'applicabilità dell'art. 327 (ai fini dell'appello alla Corte dei conti) alle decisioni dei Consigli di prefettura, nonostante che per queste l'art. 227 reg. com. prov. 12 febbraio 1911 n. 297 — norma assolutamente difforme dall'art. 133 c.p.c. — non preveda nè la comunicazione del dispositivo agli interessati, nè alcuna registrazione della data di deposito della decisione nell'ufficio di prefettura, e che l'art. 61 reg. proc. 12 agosto 1933 n. 1033, nel regolare i termini per l'appello alla Corte dei conti, li faccia decorrere (unicamente) dalla notifica della decisione.

È chiaro che siamo in un campo nel quale non si sono finora seguiti orientamenti ancorati a solidi concetti, ma ci si è lasciati piuttosto trascinare dalle occasioni.

4. Quando si voglia invece ragionare sul filo di una logica rigorosa e coerente non si può non riconoscere più vicino al vero l'orientamento giurisprudenziale più remoto.

Il codice di procedura civile non è un testo legislativo di diritto processuale civile generale, ma, per quanto enunci non pochi precetti di diritto processuale generale e di diritto processuale civile generale, riguarda, generalmente, soltanto il processo civile innanzi ai giudici ordinari.

Con particolare riguardo ai termini per la proposizione delle impugnative, ivi compreso il ricorso per cassazione, è da osservare che le disposizioni del codice (art. 325-328) sono contenute in una parte (libro II, titolo III, capo I, intestato alle « impugnative in generale »), che (a differenza di quanto può ritenersi per la generalità dei precetti contenuti nel capo III dello stesso titolo, intestato al « ricorso per cassazione »: vedi, infatti, ad es., a proposito del deposito per soccombenza, esattamente, Cass. 18 ottobre 1955 n. 3243, *Foro it. Rep.* 1955, v. *Cassazione* 101), se pur contiene vari precetti di diritto processuale generale, è da ritenere scritta con esclusivo riferimento alle sentenze dei giudici ordinari. Onde le disposizioni in materia di termini in essa contenute — così come, del resto, tutte le disposizioni particolari in materia di termini — non possono essere applicate alle decisioni dei giudici speciali. Ciò è tanto vero che nel comma 1 dell'art. 362 (compreso invece nel capo III), il quale disciplina la impugnabilità per cassazione delle decisioni dei giudici speciali, si è ritenuto necessario di affermare *ad hoc*, avvalendosi del meccanismo del rinvio, che il termine per il relativo ricorso è quello « di cui all'art. 325 comma 2 » (non si riesce dunque a spiegare come la giurisprudenza — fin dalla sent. 25 febbraio 1948 n. 395, cit., e nella stessa sentenza n. 1809 in rassegna — ritenga di non dover dare molta importanza al fatto che il rinvio riguardi solo l'art. 325).

È questa la vera e unica ragione per cui alle decisioni dei giudici speciali non è applicabile l'art. 327, salvo che, in relazione ad alcuna giurisdizione speciale, disposizioni particolari facciano esplicito o implicito rinvio ai termini d'impugnativa previsti dal codice di procedura. Nel quale ultimo caso, peraltro (ed è questa la parte di vero contenuta nella giurisprudenza che si è venuta formando), l'art. 327 non potrà trovare applicazione, se non quando le regole di procedura, relative alla giurisdizione in questione, prescrivano una pubblicazione della decisione accompagnata da garanzie analoghe a quelle cui soddisfa l'art. 133 dello stesso codice.

Nè la situazione può considerarsi modificata per il fatto che quando fu dettato l'art. 362 generalmente il ricorso per cassazione avverso le decisioni dei giudici speciali non era ammesso se non « per motivi attinenti alla giurisdizione » (vedi art. cit., comma 1), mentre ora generalmente esso è ammesso anche per tutti gli altri casi di « violazione di legge » (art. 111, comma 2, Cost.). A parte il fatto che alla vecchia regola non mancavano eccezioni (il ricorso per violazione di legge era ammesso contro le decisioni della Giunta speciale per le espropriazioni presso la Corte d'Appello di Napoli: art. 19 d. lg. 27 febbraio 1919 n. 219), come non ne mancano alla nuova (il ricorso per violazione di legge non è ammesso contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti: art. 111, comma 3, Cost.), è da osservare che la disciplina del ricorso per cassazione — a parte la ripartizione delle competenze tra sezioni unite e sezioni semplici (art. 374 c.p.c.) — è unitaria e indifferenziata, tanto nel caso che l'impugnazione dipenda da motivi attinenti alla giurisdizione, quanto nel caso che dipenda da altri motivi di legittimità (cfr. art. 360 c.p.c.).

A quanto precede inerisce che — eccettuati i casi in cui disposizioni particolari alle singole giurisdizioni dispongano diversamente (così, p. es., a sensi dell'art. 34 l. 8 giugno 1936 n. 1231, il termine per l'impugnativa delle decisioni della Commissione centrale per le imposte dirette decorre dalla comunicazione d'ufficio delle decisioni stesse: cfr. Cass. 13 marzo 1954 n. 703, *Foro it.* 1954, I, 875, con altre indicazioni; v. anche, a proposito delle decisioni del

Tribunale superiore per le acque pubbliche, Cass. 27 febbraio 1952 n. 517, *Foro it. Rep.* 1952, voce *Cassazione* 132) o facciano rinvio al codice di procedura civile — il termine pel ricorso per cassazione avverso le decisioni dei giudici speciali non può essere che quello previsto dall'art. 325 c.p.c., cui fa rinvio il comma 1 dell'art. 362 (cfr. ANDRIOLI, *loco cit.*).

5. Di conseguenza la sentenza n. 1809, qui annotata, può considerarsi esatta in quanto esclude l'applicabilità dell'art. 327 alle decisioni del Consiglio di Stato, ma non nelle premesse attraverso le quali perviene a tale conclusione. Chè anzi — come si è visto *sub* 3 — se queste fossero esatte, la conclusione sarebbe erronea.

A sua volta, la sentenza n. 1711 è da considerare inesatta sia nelle premesse che nelle conclusioni, dato che da nessuna disposizione relativa alla Giunta speciale presso la Corte d'Appello di Napoli (d. lg. 27 febbraio 1919 n. 219 e r.d. 17 aprile 1921 n. 762) — della quale nella specie si trattava, e in relazione alla quale non esistono precedenti giurisprudenziali — è dato ricavare un rinvio alle norme del processo civile riguardanti i termini d'impugnativa delle sentenze (l'art. 8 del r.d. ult. cit. fa rinvio al codice di procedura civile del tempo — in quanto non sia altrimenti disposto dalle disposizioni speciali relative alla Giunta o da norme procedurali emanate dalla Giunta stessa — soltanto per « i termini e il metodo del procedimento » innanzi alla Giunta e non anche per i termini dell'impugnativa delle sue decisioni). Onde, per l'impugnativa sono da osservare, in ordine al ricorso per revocazione, i termini stabiliti dall'art. 15 r.d. cit., e in ordine al ricorso per cassazione — per i quali nessuna indicazione fornisce lo stesso decreto — quelli fissati dal codice di procedura civile per la generalità delle decisioni dei giudici speciali.

In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1964, pp. 1336-1340

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 28 aprile 1964 n. 1016, *ibid.*, p. 1336; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 28 APRILE 1964 N. 1016; PRES. TAVOLARO P.P., EST. CAPORASO, P. M. CRISCUOLI (CONCL. PARZ. DIFF.); PRESIDENZA CONSIGLIO MINISTRI E MINISTERI TESORO E TURISMO E SPETTACOLO (AVV. GEN. DELLO STATO) C. AUTOMOBIL CLUB D'ITALIA (AVV.TI GALATERIA, GIANNINI, TRANQUILLI LEALI).

Il decreto del Presidente della Repubblica, che dichiara un ente pubblico (nella specie, l'Automobil Club d'Italia) sottoposto al controllo della Corte dei conti, perché lo Stato contribuisce ad esso in via ordinaria, ai sensi della l. 21 marzo 1958 n. 259, incide su di una situazione soggettiva di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Quindi la controversia sulla legittimità della sottoposizione al detto controllo è devoluta alla giurisdizione del Consiglio di Stato.

Il provvedimento istruttorio della Corte dei conti di richiesta di trasmissione dei documenti necessari per effettuare il controllo sulla gestione finanziaria di un ente pubblico (nella specie, l'Automobil Club d'Italia), cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, costituisce mero atto di esecuzione del decreto del Presidente della Repubblica, che sottopone l'ente al controllo della Corte dei conti. Quindi l'impugnativa del detto provvedimento della Corte si risolve in un'impugnativa del decreto presidenziale e spetta alla cognizione del Consiglio di Stato.

La sentenza in rassegna affronta due problemi di notevole importanza. Il primo è quello della natura della posizione giuridica di un ente pubblico in relazione al proprio interesse a non esser fatto oggetto del provvedimento di sottoposizione al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 100 Cost. (comma 2, periodo 2°) e della legge 21 marzo 1958 n. 259. Il secondo è quello della impugnabilità davanti al Consiglio di Stato degli atti posti in essere dalla Corte dei conti nell'esercizio della funzione di controllo.

È il caso di dedicare a entrambi, prendendo le mosse dalla sentenza, qualche breve osservazione.

* * *

Una tesi sulla quale non si può esser d'accordo con la sentenza è quella secondo cui a differenza dei soggetti privati, che, godendo di uno *status libertatis*, vanterebbero, nei confronti dei pubblici poteri, un vero e proprio diritto soggettivo a che questi non interferiscano nella sfera giuridica ad essi lasciata libera dall'ordinamento —, gli enti pubblici, godendo di « autonomia », e non di « libertà », non potrebbero vantare al medesimo riguardo, nei confronti dei poteri pubblici sovraordinati, se non degli interessi legittimi.

In proposito sembra sufficiente osservare che: *a)* il carattere « pubblico » della personalità degli enti che tale carattere posseggono si aggiunge come un *plus* al fatto di esser persona giuridica, e non risponde a un unico paradigma, ma si modula in una vasta gamma di variazioni: è noto quanto sia diversa la autonomia dei singoli enti pubblici (la quale raggiunge punte massime in certi enti di tipo associativo), come è nota la atipicità della personalità giuridica pubblica (cui è correlata la difficoltà, in molti casi, della individuazione in concreto della natura di ente pubblico): ciò può fare apparire ingiustificato, e quanto meno difficile, escludere che anche gli enti pubblici (o almeno una parte di essi) godano di uno *status libertatis;* comunque la regola, per cui ai pubblici poteri non è dato incidire nella sfera dei soggetti giuridici al di là dei casi e dei limiti stabiliti dall'ordinamento, vale per gli enti pubblici non meno che per quelli privati; *b)* la qualità di soggetto giuridico conferisce a tutti quelli che la posseggono (e quindi agli enti pubblici non meno che ai privati) un vero e proprio diritto al proprio *status*, e quindi all'esercizio dei poteri e delle facoltà e al rispetto della sfera giuridica (con conseguente esclusione di ogni ingerenza estranea non consentita) inerenti a tale *status*: diritto che appartiene alla categoria dei « diritti della personalità », ed — indipendentemente dalla sua configurabilità come diritto pubblico soggettivo (categoria nei confronti della quale sono stati di recente sollevati dubbi tutt'altro che inconsistenti: CASETTA, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 791 ss.) — è tale per i soggetti pubblici non meno che per quelli privati (SANTI ROMANO, *Principii di dir. costituzionale gen.*, 2ª ed., Milano 1946, 112 s.; MORTATI, *Ist. di dir. pubblico*, 6ª ed., Padova 1962, 845; SANDULLI, *Manuale di dir. amministrativo*, 8ª ed., Napoli 1964, 79 ss.).

* * *

La sentenza si è portata su un terreno meno impervio e più concreto allorchè è passata ad argomentare la natura di interesse legittimo della posizione soggettiva, in relazione alla quale l'Automobil Club d'Italia agiva nel giudizio *de quo* — e cioè la posizione giuridica di ente assoggettabile (anche se in concreto malamente assoggettato dal provvedimento governativo impugnato) al controllo della Corte dei conti previsto dalla l. 21 marzo 1958 n. 259 —, dal fatto che l'autorità governativa effettivamente disponeva, nei confronti di quell'ente, del potere di stabilirne la sottoposizione all'anzidetto controllo. Movendo dalla premessa — ormai concordemente

accolta dalla giurisprudenza e dalla maggioranza della dottrina (v., anche per indicazioni, SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli 1963, 44 ss.) che, allorquando non possa dubitarsi circa l'appartenenza all'autorità amministrativa del potere da essa effettivamente esercitato, e si disputi unicamente circa il modo in cui il potere sia stato esercitato in concreto, la controversia non abbia per oggetto diritti soggettivi, ma soltanto (atti lesivi di) interessi legittimi (in ordine al buon uso del potere amministrativo), la sentenza ha ragionato infatti sulla base della considerazione che la ricordata legge effettivamente attribuisce all'autorità governativa il potere di assoggettare al controllo della Corte dei conti « soggetti appartenenti alla categoria di quelli come l'ACI » (in argomento v. FRANCHINI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato, Riv. trim. dir. pubbl.* 1954, 480 ss.; COLTELLI, *Attribuzioni patrimoniali ad enti e contribuzioni statali, ivi*, 1960, 544 ss.; GUARINO, *Partecipaz. dello Stato al capitale di enti pubbl. e controllo della Corte dei conti, Scritti di dir. pubbl. dell'economia*, Milano 1962, 189 ss.).

La soluzione (condivisa dalla successiva sent. 4 maggio 1964 n. 1059, in *Foro it.* 1964, I, 921, con annotazione di S. D'ALBERGO) sembra però peccare di semplicismo.

Indubbiamente l'ACI non è compreso tra gli enti (enti territoriali, istituzioni locali di assistenza e beneficenza, istituti di credito) che l'art. 13 della legge 259 esenta dalla soggezione al potere che l'art. 3 della legge stessa attribuisce al governo. Ma può effettivamente dirsi che qualsiasi ente pubblico, sol perchè non rientrante tra quelli cui si riferisce il ricordato art. 13, sia da considerare soggetto al potere governativo, contemplato dall'art. 3, di disporne la sottoposizione al controllo della Corte dei conti?

Non v'ha dubbio che — salvo gli enti indicati nell'art. 13 — tutti gli enti pubblici sono soggetti al potere governativo di indagine diretto a stabilire se essi rientrino nell'ambito di applicazione della legge di cui ci si occupa. Ma non è questo il potere che forma oggetto delle presenti osservazioni e che veniva in considerazione nel giudizio *de quo*. Il potere di indagine, di cui si è detto, è manifestazione di quel generale potere di investigazione, che qualsiasi autorità ha in ordine all'accertamento dei fatti e delle situazioni, in correlazione con i quali la legge le consenta, ove di quei fatti e situazioni venga accertata la sussistenza, di adottare certe misure. Ma è chiaro che l'anzidetto potere è ben altra cosa (ed ha carattere meramente strumentale) rispetto al potere di adottare le misure in vista delle quali esso è da riconoscere sussistente. Potere, il secondo, caratterizzato da elementi suoi propri, ben distinti da quelli del primo. Il fatto che il potere di indagine sussista e possa essere esercitato nei confronti di tutta una serie di soggetti, in astratto suscettibili delle misure di cui trattisi, non importa dunque che anche il potere di adottare tali misure sussista nei confronti di tutti i medesimi soggetti. Tutt'altro. Il secondo, più importante potere, sussisterà infatti solamente nei confronti di quelli dei predetti soggetti, nei cui rispetti effettivamente siano presenti situazioni giuridiche del tipo di quelle, nel concorso delle quali il potere stesso volle essere ammesso e fu attribuito dall'ordinamento, e in funzione del cui accertamento quest'ultimo ebbe a conferire (esplicitamente o implicitamente) anche il potere di indagine.

Che qualsiasi ente pubblico, non rientrante tra quelli contemplati nell'art. 13 della legge 259, possa essere sottoposto dall'autorità governativa alle indagini (non destinate, se concluse in senso negativo, a sfociare in un provvedimento formale), volte a stabilire se nei suoi confronti possa essere adottato il decreto presidenziale di assoggettamento al controllo della Corte dei conti previsto dall'art. 3 della stessa legge, non importa dunque che nei confronti di tutti gli enti pubblici (salvo quelli contemplati nell'art. 13) possa esser considerato sussistente il potere di cui al ricordato art. 3. Quest'ultimo potere infatti viene escluso senz'altro dalla legge (i cui precetti sono in proposito vincolati per l'autorità amministrativa) nei confronti degli enti, i quali non ricevano dallo Stato o da altri enti pubblici contribuzioni per cui non ricorrano le caratteristiche tassativamente stabilite dall'art. 2 della legge, e inoltre nei confronti di quegli enti « ai quali la contribuzione dello Stato sia stata concessa in applicazione di provvedimenti legislativi di carattere generale » (art. 3, comma 2).

Non soltanto la pretesa dell'autorità amministrativa di esercitarlo nei confronti di enti contemplati nell'art. 13, ma anche quella di esercitarlo nei confronti di enti, che ricevano contribuzioni diverse da quelle cui ha riguardo l'art. 2, e di enti ai quali la contribuzione dello Stato sia stata concessa in applicazione di provvedimenti legislativi di carattere generale, si risolverebbe dunque in un voler operare al di là dei poteri concessi dall'ordinamento, e perciò verrebbe a incidere nel campo del diritto soggettivo dell'ente interessato a non subire, nella propria sfera di azione, un'ingerenza autoritativa non consentita.

Il potere in esame sussiste dunque solo qualora enti pubblici, non rientranti nelle categorie (escluse) di cui si è detto, percepiscano dallo Stato contribuzioni del genere di quelle contemplate dall'art. 2 cit. Quando si sia in presenza di casi del genere — ma soltanto allora — potrà effettivamente accadere che l'esercizio del potere governativo previsto dall'art. 3 venga a intaccare interessi legittimi degli enti pubblici (e non diritti soggettivi). E ciò potrà avvenire, di norma, o in quanto nell'uso del potere (vincolato o discrezionale) l'autorità governativa sia incorsa in

alcun vizio formale (le ipotesi che vengono subito alla mente sono quelle dell'incompetenza del Ministro proponente, della mancanza delle « concertazioni » prescritte dal comma 1 dell'art. 3, del difetto di motivazione), ovvero in quanto essa sia incorsa in eccesso di potere, per aver fatto un cattivo uso del limitato potere discrezionale riconosciutole dal comma 2 dell'art. 3 (nell'effettuare la valutazione dell'« interesse esclusivamente locale » dell'ente, come pure la valutazione della « particolare tenuità » della contribuzione statale « in relazione alla natura dell'ente ed alla sua consistenza patrimoniale e finanziaria »: valutazioni, entrambe le quali, ove sortiscano esito positivo, importano il dovere, per l'autorità governativa, di escludere l'ente dall'assoggettamento al controllo della Corte dei conti, nonostante la sussistenza delle altre condizioni).

Se le considerazioni che precedono sono esatte, deve ritenersi — in parziale dissenso dalla sentenza in rassegna — che, dei due motivi di ricorso rappresentati dall'ACI al Consiglio di Stato nei confronti del decreto presidenziale che lo assoggettava al controllo della Corte dei conti, uno soltanto — quello attinente al difetto di motivazione — riguardava materia di interessi legittimi, mentre l'altro — quello attinente alla mancanza in suo favore di sovvenzioni statali e alla mancanza di un suo potere di imposizione tributaria — riguardava materia di diritti soggettivi (con conseguente esclusione della giurisdizione del Consiglio di Stato).

* * *

Il problema della impugnabilità in Consiglio di Stato di una determinazione adottata dalla Corte dei conti in sede di controllo è stato evitato dalla sentenza in rassegna, assumendo che in realtà anche per questa parte il ricorso presentato dall'ACI era « diretto sostanzialmente contro il decreto presidenziale », giacchè la censura investiva la determinazione della corte a causa dell'ampiezza del controllo esercitato, al quale la corte era stata legittimata dal decreto presidenziale.

Senza soffermarsi su tale prospettazione, tutt'altro che appagante, è il caso di accennare soltanto, in proposito, che l'eventuale annullamento del decreto presidenziale da parte del Consiglio di Stato, se, ove si esclude (come si vedrà) la giurisdizione di quest'ultimo in ordine agli atti di controllo della Corte dei conti, non può comportare anche l'annullamento conseguenziale degli atti stessi, e nemmeno l'automatico venir meno di essi (per quanto affetti da sopravvenuta invalidità), importa tuttavia sicuramente la necessità di considerarli inoperanti e di disapplicarli. Ciò in base al principio, per cui, salvo i casi di atti esecutivi (categoria che non comprende gli atti in questione, e coincide sostanzialmente con quella degli atti che non possono perdere operatività se non in virtù di una pronuncia costitutiva diretta a tal fine), gli atti illegittimi non debbono ricevere osservanza ed applicazione nè nei rapporti sostanziali, nè nei giudizi.

Vale piuttosto la pena di fermar l'attenzione sul problema della impugnabilità in Consiglio di Stato degli atti posti in essere dalla Corte dei conti nell'esercizio della attività di controllo (al qual riguardo non è consentito far distinzione — secondo una tesi adombrata nella sentenza — tra il controllo nei confronti delle amministrazioni statali — che sarebbe « interno » — e quello nei confronti delle rimanenti amministrazioni — che sarebbe invece « esterno »).

Non è questa la sede per affrontare il delicato argomento della natura dell'attività di controllo della Corte dei conti (per un sommario, ma esauriente riassunto delle varie teorie formulate al riguardo, v. PICOZZI, *La Corte dei conti in Italia*, Torino 1963, 43 ss., e inoltre gli scritti ricordati da ANELLI, *Legittimazione della Corte dei conti a promuovere questioni di legittimità costituz. in sede di registraz. di atti e in sede di parificaz. di bilanci*, in *Foro amm.* 1964, II, 64 ss., nonchè, da ult., lo stesso ANELLI, *op. cit.*, 67 ss., e GRECO, *L'accertamento del dir. a pensione dei dipendenti dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1963, 794 ss.).

Sarà sufficiente accennare che questo importante strumento di garanzia della legalità dell'azione amministrativa non può esser considerato appartenente alla funzione amministrativa. La Corte dei conti è un organo estraneo all'apparato della Pubblica amministrazione (il collegamento con la Presidenza del consiglio dei ministri, previsto dal t.u. del 1934, ha ormai carattere meramente organico e contabile), e la Costituzione (art. 100) ne proclama espressamente l'indipendenza di fronte al governo. I suoi compiti di controllo si svolgono non in funzione di questo o di quell'interesse pubblico, e nemmeno dell'interesse generale della Pubblica amministrazione unitariamente intesa (Stato-organizzazione), bensì unicamente in funzione dell'osservanza e della realizzazione dell'ordinamento giuridico (Stato-ordinamento). Si tratta di una funzione esplicata in veste obbiettiva e neutrale (e perciò disinteressata), e quindi al di fuori e al di sopra di qualsiasi specifico interesse pubblico (non importa se generale o particolare) (al riguardo v. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1964, fasc. 2, e già *Manuale*, cit., n. 86).

Non è il caso di indugiarsi a dimostrare perchè non possa esser condivisa la tesi — di remota origine — che vorrebbe attribuire alla Corte dei conti, nell'esercizio della funzione di controllo, carattere « costituzionale » (basterà ricordare che tale carattere può esser riconosciuto soltanto agli organi partecipi del potere politico, e appunto perciò *superiorem non recognoscen-*

tes, mentre la Corte dei conti nell'esercizio della funzione di controllo può esser considerata soltanto come un potere dello Stato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 134 Cost.: v. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.* 1961, 845); nè la tesi — anch'essa di remota origine, ma negli ultimi tempi rinverdita di nuove e copiose fronde — favorevole a riconoscerle natura giurisdizionale (basterà ricordare che quest'ultima può dirsi presente soltanto quando concorrano certi specifici caratteri formali, che per la funzione di controllo della corte sicuramente mancano: v. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali*, cit.). Il largo seguito che l'una e l'altra tesi continuano a riscuotere sono però indubbia testimonianza delle difficoltà in cui si imbatte chi pretenda di configurare la funzione di controllo della Corte come amministrativa. Difficoltà inerenti al fatto che, mentre l'attività amministrativa è un'attività istituzionalmente « impegnata » (e ciò anche quando sia attività di controllo), l'attività di controllo della Corte è istituzionalmente « distaccata » e « neutrale ».

Quanto si è detto è sufficiente a far escludere che gli atti di controllo della Corte dei conti possano esser compresi tra gli « atti o provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante », ai quali soltanto è limitata la giurisdizione del Consiglio di Stato (art. 26 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054). Onde è sicuramente da escludere che essi possano essere impugnati davanti al Consiglio di Stato. Cosa della quale, del resto, non pare si sia finora dubitato v. infatti, pur con un cenno di perplessità, Cons. Stato, Ad. plen. 25 gennaio 1961 n. 1, *Cons. Stato* 1961, I, 3; nonchè, successivamente, IV Sez., 13 luglio 1963 n. 572, *ivi* 1963, I, 952; 4 ottobre 1963 n. 597, *ivi*, 1304; Cons. giust. amm. reg. sic. 14 dicembre 1962 n. 548, *ivi* 1963, I, 2104).

Rimozione di veicoli e giurisdizione*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana***
Torino, 1971, I, 2, col. 853-856

* *Nota* a sentenze del Giudice conciliatore di Bologna 6 maggio 1970 e del Pretore di Bologna 7 maggio 1971, *ibid.*, col. 853;
le massime che interessano sono riportate alle pagine seguenti
** Estratto con paginatura autonoma

I.

GIUDICE CONCILIATORE BOLOGNA: 6 MAGGIO 1970; EST. ZUCCONI; ALLEGRETTI (AVV.TI CIOFFI, MAZZUCATO, PAOLUCCI) C. COMUNE DI BOLOGNA (AVV.TI GHERARDI, TURAZZA, BALLERINI, CHIARA, FERRERIO).

Rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria l'azione proposta da un privato per ottenere il rimborso delle somme pagate e il risarcimento dei danni in conseguenza della rimozione e del trasporto del proprio autoveicolo, da parte degli agenti della polizia municipale, al deposito comunale, in esecuzione di un'ordinanza sindacale la quale abbia disposto in via generale tale misura nei confronti di tutti gli autoveicoli rinvenuti in certe località cittadine in sosta vietata od oltre i limiti di tempo consentiti per la sosta regolamentata.

L'art. 115 codice della strada, il quale consente agli organi di polizia di rimuovere quei veicoli che, sostando in zona vietata, costituiscano grave intralcio o pericolo per la circolazione, esige una valutazione compiuta di volta in volta dai predetti organi in ordine alla gravità dell'intralcio e alla pericolosità per la circolazione; pertanto è illegittima un'ordinanza sindacale la quale, una volta per tutte, disponga la rimozione di tutti i veicoli rinvenuti in sosta contravventiva in una determinata zona cittadina.

II.

PRETURA DI BOLOGNA: 7 MAGGIO 1971; EST. SERVIDIO; COMUNE DI BOLOGNA (AVV.TI GHERARDI, FERRERIO) C. ALLEGRETTI (AVV.TI CIOFFI, PAOLUCCI, MAZZUCATO).

Rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria l'azione proposta da un privato per ottenere il rimborso delle somme pagate e il risarcimento dei danni in conseguenza della rimozione e del trasporto del proprio autoveicolo, da parte degli agenti della polizia municipale, al deposito comunale, in esecuzione di un'ordinanza sindacale la quale abbia disposto in via generale tale misura nei confronti di tutti gli autoveicoli rinvenuti

in certe località cittadine in sosta vietata od oltre i limiti di tempo consentiti per la sosta regolamentata.

L'art. 115 codice della strada, il quale consente agli organi di polizia di rimuovere quei veicoli che, sostando in zona vietata, costituiscano grave intralcio o pericolo per la circolazione, esige una valutazione compiuta di volta in volta dai predetti organi in ordine alla gravità dell'intralcio e alla pericolosità per la circolazione; pertanto è illegittima un'ordinanza sindacale la quale, una volta per tutte, disponga la rimozione di tutti i veicoli rinvenuti in sosta contravventiva in una determinata zona cittadina.

Il giudice ordinario è competente a giudicare della legittimità degli atti posti in essere da organi amministrativi in base a valutazioni tecniche.

Poiché dalla legge 3 maggio 1967, n. 317, talune ammende per contravvenzioni in materia di circolazione stradale (tra le quali quelle previste dall'art. 115 codice della strada) sono state sostituite da sanzioni amministrative, la competenza a giudicare della legittimità della cui comminazione è attribuita al giudice ordinario, è da ritenere di spettanza di quest'ultimo anche la competenza a giudicare della legittimità dei provvedimenti di rimozione dei veicoli ai sensi dell'art. 115 codice della strada.

Che gli organi di polizia comunale (e cioè il Comune, al quale essi appartengono) dispongono, non meno di quelli della polizia statale (e anzi, a maggior titolo, poiché si tratta di proteggere interessi che riguardano essenzialmente la comunità locale), del potere (previsto dal 5° comma dell'art. 115 codice della strada) di « rimuovere e portare alla depositeria comunale » i veicoli lasciati in sosta, in un centro abitato, nelle zone tassativamente indicate nel 4° comma dello stesso articolo o in altre zone di « sosta vietata », non v'ha dubbio, rientrando detto compito nella « esecuzione dei servizi diretti a regolare il traffico » (v. l'art. 136, lett. *c*, e l'art. 137, 3° comma), anche se è da negare che la misura della rimozione possa esser disposta da un semplice agente (art. 137, 3° comma). Che poi nella specie l'operazione della rimozione abbia avuto luogo in un centro abitato e nei confronti di un veicolo, è pacifico. Parlare perciò di mancanza del potere esercitato, nel senso in cui se ne parla nella giurisprudenza a proposito della discriminazione della giurisdizione civile ordinaria da quella amministrativa è fuori luogo. Le norme « di relazione » che consentissero al Comune la misura posta in esecuzione esistevano ed esistono, e riconoscono appunto all'autorità comunale la possibilità di adottarla — e a tali fini non interessa a quale autorità, poiché questo è problema di ripartizione delle *competenze* tra gli organi dell'ente cui il potere appartiene —, definendo compiutamente i destinatari, l'oggetto, il contenuto e la funzione della misura, e inoltre l'ambito spaziale (centro abitato).

Ciò che veniva in questione nella specie decisa nelle due sentenze in rassegna era però non l'esistenza dei riferiti diversi profili del potere — i quali nella specie decisa sussistevano tutti —, quanto piuttosto il « buon uso » di essi, per essere stata, la misura della rimozione (la quale, si noti *per incidens*, non è affatto una sanzione, come afferma il Pretore di Bologna, ma una misura di disciplina del traffico), adottata fuori delle circostanze in cui la legge la consente. Mentre la legge la commette quando il veicolo in sosta « costituisca grave intralcio o pericolo per la circolazione », e presuppone perciò un accertamento, effettuato *di volta in volta*, della sussistenza di tali circostanze (cfr., per tutti, DUNI-CASSONE-GARRI, *Tratt. di dir. della circolaz. stradale*, Roma, 1961, 1703), nella specie la misura era stata adottata invece in mancanza di uno specifico accertamento relativo al caso concreto, ed in puntuale esecuzione di un'ordinanza

sindacale, la quale *una volta per tutte* — e perciò in riferimento a tutti i possibili casi, previsti *in astratto* — aveva disposto la rimozione di tutti i veicoli « rinvenuti » in certe vie e piazze del centro cittadino « in zona di sosta vietata » e persino « in zona di sosta regolamentata, quando siano scaduti i limiti di tempo consentiti » (probabilmente un problema di « carenza di potere » potrebbe sorgere — dato il disposto del 5° comma dell'art. 115 — limitatamente all'impiego della misura della rimozione nei casi di sosta non « vietata », ma semplicemente « regolamentata », essendo probabile in tal caso la mancanza di una delle condizioni essenziali del potere: quello della permanenza del veicolo in zona *interdetta* alla sosta).

Non v'ha dubbio che quella ordinanza — la quale concreta un vero e proprio atto normativo, essendo volta ad introdurre nell'ordinamento *nuovi* precetti (e non rappresentando l'esecuzione di precetti già esistenti nell'ordinamento) (cfr. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubbl. Amministrazione*, Napoli, 1970, 78 e segg., 97 e segg.) —, donde, tra l'altro, l'impossibilità di considerarla efficace, data la mancanza di pubblicazione (v. art. 10 disp. legge in gen.), era illegittima sotto vari profili: mancanza di ogni potere *normativo* del Comune in argomento; incompetenza del Sindaco (art. 131 T. U. com. e prov. 1915); mancanza della possibilità di dettare in argomento una disciplina in via generale e astratta (art. 115 codice della strada). Di conseguenza l'avere gli organi di polizia operato in esecuzione di tale illegittima ordinanza concretava sicuramente una illegittimità.

Ciò non toglie peraltro che essi abbiano — sia pure in modo illegittimo — operato nell'esercizio di un potere effettivamente spettante al Comune. Con la conseguenza che l'illegittimità del loro comportamento non doveva esser pronunciata dal giudice civile.

La massima è di evidenza ovvia. Non soltanto nel campo della cosiddetta discrezionalità tecnica, ma anche in quello della cosiddetta discrezionalità amministrativa, al giudice ordinario è consentito il riscontro di legittimità, sempre che si verta in materia di diritti soggettivi. In proposito v., da ultimo, Cass., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Giur. ital.*, 1971, I, 1, 1396, con nota di richiami.

La massima non può esser condivisa. È vero che la giurisdizione del giudice ordinario nelle materie « depenalizzate » dalla L. 3 maggio 1967, n. 317, ha carattere esclusivo (essa si estende infatti al campo degli interessi legittimi: v. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* [10], Napoli, 1969, 747). Appunto per il carattere derogativo di tale attribuzione di competenza essa non può però estendersi al di là dei casi indicati dall'art. 9.

Natura della risoluzione del rapporto di assegnazione di terre e sua compromettibilità in arbitri*

Pubblicato in

Rivista di Diritto Agrario
Milano, 1976, pp. 549-559

* Testo di un parere pro-veritate

1. Ai sensi della legislazione sulla riforma fondiaria i terreni acquisiti all'Ente di riforma (ora Ente di sviluppo agricolo) « debbono essere assegnati a lavoratori manuali della terra » (art. 16 della legge n. 230 del 1950). L'assegnazione ha luogo « con *contratto di vendita* », con « pagamento rateale » (trentennale) del « *prezzo* » e « *dominio riservato* » all'Ente fino all'integrale pagamento (art. 17), senza possibilità di cessione a terzi (art. 18, il quale commina la « nullità di pieno diritto » dei contratti che contravvengano al divieto). Nel contratto deve essere previsto un « periodo di prova » (triennale) « sotto condizione risolutiva espressa » (art. 18). All'assegnatario subentrano *ope legis* (ove lo vogliano, naturalmente) i discendenti o il coniuge (se in possesso dei necessari requisiti) (art. 19); altrimenti l'Ente ne riacquista la disponibilità e gli eredi « hanno diritto » al rimborso delle quote di ammortamento versate dal dante causa, e inoltre a « una indennità nella misura dell'aumento di valore conseguito dal fondo per effetto dei miglioramenti da lui arrecati » (art. 19). L'art. 23 obbliga gli assegnatari a consociarsi nelle cooperative costituite a fini di assistenza tecnica ed economico-finanziaria dall'Ente: « l'inadempienza di tale obbligo importa la decadenza dell'assegnazione, che è pronunciata dall'Opera ».

In conformità delle anzidette disposizioni, l'Ente di riforma (ora di sviluppo) in Puglia, Lucania e Molise ha stipulato, per le terre delle quali è venuto in possesso in base alla legge n. 841 del 1950

sulla riforma fondiaria, numerosi « contratti di assegnazione e vendita di terreni », con i quali ha « venduto e trasferito » (con patto di riservato dominio) a lavoratori qualificati i terreni stessi.

Nei contratti — compilati secondo un modello uniforme — è prevista, tra l'altro, la « *risoluzione* » del rapporto sia in caso di mancato pagamento delle rate di prezzo (art. 5), sia, inoltre, « ai sensi degli artt. 1453 e 1454 c.c., qualora l'acquirente abbandoni il fondo o non fissi residenza in esso se è dotato di abitazione, e non coltivi direttamente il fondo », e in varie altre ipotesi (art. 12). Si precisa inoltre che, « verificandosi uno dei casi di risoluzione del contratto previsti negli articoli precedenti, l'acquirente dovrà rilasciare il fondo a completa e libera disposizione dell'Ente, dietro semplice richiesta dello stesso » (art. 13).

L'art. 14 aggiunge che in caso di risoluzione del contratto « si procederà alla definitiva chiusura e liquidazione dei conti », e precisa che anche in tale caso (oltre che in quello previsto nell'art. 19 della legge, sopra ricordato) l'assegnatario ha diritto all'accredito delle quote capitali e dell'indennità di miglioramento previste dall'art. 19 della legge.

In base all'art. 16 del contratto « l'acquirente autorizza sin d'ora l'Ente ad occupare, in via diretta e definitiva » (dietro « congruo indennizzo »), « quelle parti del fondo, in nessun caso eccedenti nell'insieme il 15% della sua superficie, che, a giudizio dell'Ente, occorreranno » al fine di « compiere sul fondo opere di interesse comune ad altri fondi ».

2. Così dalla legge, come dai contratti e dalla prassi, risulta che alla « assegnazione e vendita » a ciascun beneficiario l'Ente ha proceduto con un unico atto, e precisamente con una convenzione bilaterale. Occorre tuttavia tener presente che nelle concessioni amministrative l'unità del documento non è sufficiente, secondo la giurisprudenza, a far escludere che in esso siano contenuti, a un tempo, il provvedimento che attribuisce la concessione e l'atto contrattuale, ad esso accessivo, in cui si enunciano le obbligazioni reciproche del concedente e del concessionario (Cass. 25 maggio 1968, n. 1604).

Occorre poi aggiungere che — pur validamente contrastata in sede dottrinale (1) — la più recente sentenza della Corte di Cassazione intervenuta in materia (2) ha affermato che l'assegnazione delle terre da parte degli Enti di riforma concreta (stante la natura di « beni patrimoniali indisponibili » che i fondi assegnati avrebbero fino al definitivo passaggio della assoluta disponibilità di essi all'assegnatario) un vero e proprio provvedimento di concessione.

Questa tesi è tutt'altro che indiscutibile, poiché contrasta con l'univoca terminologia usata dal legislatore (il quale parla di « vendita », di « contratto », di « prezzo, di « dominio riservato »; di « risoluzione » del rapporto — così in caso di fallimento della « prova », come in caso di inadempimento —; di « diritto », in caso di risoluzione, degli aventi causa dell'assegnatario, al rimborso delle quote di ammortamento e all'indennità per le migliorie). La stessa « decadenza » prevista dall'art. 23 non presuppone necessariamente un potere autoritativo, essendo correlata automaticamente a una inadempienza di elementare e immediata constatazione. Né può considerarsi decisivo in favore della tesi della Corte di Cassazione il fatto (sul quale la sentenza essenzialmente si basa) che i possibili interventi rescissorî dell'Ente sono preordinati a salvaguardia delle finalità (di interesse pubblico) della « riforma agraria »: è risaputo infatti che gli interessi pubblici possono esser conseguiti anche attraverso gli strumenti del diritto privato (contratti di appalto, fornitura, locazione, vendita con clausola di riservato dominio o altre salvaguardie, ecc. ecc.).

Nulla perciò impediva al legislatore di scegliere, per conseguire gli scopi di cui trattasi, le vie del diritto privato. La terminologia impiegata dal legislatore è univoca in tal senso (3). E la dogmatica giuridica rappresenta (deve rappresentare) un *posterius* e non un *prius* rispetto al dato legislativo. È stato giustamente osservato che lo strumento contrattuale è « neutro », sì da poter essere utilizzato così per la soddisfazione di interessi privati come per la soddisfa-

---

(1) v. CARROZZA, *Concessione e contratto nelle assegnazioni di terre*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 583 ss.

(2) Sent. 7 ottobre 1972, n. 2914, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 55.

(3) Cfr. CARROZZA, *op. cit.*

zione di interessi pubblici (4). La scelta dello strumento è rimessa all'Amministrazione; e il giudice non può in base a preconcetti negare natura contrattuale a ciò che la legge e l'Amministrazione han configurato come contratto.

Quand'anche però si volesse accettare per buona la tesi della ricordata sentenza della Corte di cassazione, e ritenere che nei « contratti di assegnazione e vendita » di cui trattasi siano contenuti, a un tempo, un (tacito) provvedimento amministrativo (di concessione del bene) e un contratto (accessivo al provvedimento e integrativo dello stesso), non per questo potrebbe attribuirsi natura pubblicistica e provvedimentale anche a quei poteri dell'Ente per i quali la legge e il contratto impiegano la terminologia propria del diritto privato (« risoluzione », « decadenza », « diritto al rimborso », ecc.).

A voler condividere la tesi della Corte di cassazione, si può convenire che l'atto di assegnazione è un provvedimento, e che, accanto ai diritti e agli obblighi reciproci di « diritto comune », e cioè « privato » (risoluzione, diritti di rimborso, ecc.), l'Ente dispone (aggiuntivamente) di quei poteri « di diritto pubblico » che ineriscono naturalmente (in mancanza di una normativa derogatoria) ai rapporti di concessione, e perciò, precipuamente, del potere di « revoca » della concessione (potere nel quale sarebbe da inquadrare, a volèr seguire tale tesi, la facoltà riconosciuta all'Ente — ma, si noti, anche stavolta pattiziamente! — dall'art. 16 del contratto, di rioccupare una parte del fondo non superiore al 15 %). Si potrebbe, al massimo, ammettere (come fa la Cassazione) che rappresenti un potere pubblico anche quello di constatare e dichiarare il fallimento del periodo di prova — dichiarazione cui consegue (automaticamente) la risoluzione del rapporto (art. 18 della legge). Si potrebbe concedere con un ulteriore (notevolissimo) sforzo che l'Ente disponga di un potere discrezionale (?) in ordine alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 23 e configurare perciò anche tale pronuncia come espressione di un potere pubblico. Ma al di là non è assolutamente possibile andare.

---

(4) Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Studi per Jemolo*, II, p. 349; Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, p. 410 ss.

Né la stessa sentenza del 1972 della Corte di cassazione sopra ricordata si è azzardata ad andare oltre. Essa, pur affermando che, fin quando non si produce irreversibilmente il passaggio del bene nell'esclusiva disponibilità dell'assegnatario, l'Ente « conserva i poteri che ha normalmente in caso di concessione, compreso quello di revoca » (potere che gli consente di « imporre il sacrificio » del rapporto « facendo venir meno il presupposto costituito dalla concessione »), sottolinea ben chiaramente che il potere stesso è « indipendente dalle cause di estinzione previste dal diritto privato e proprie del rapporto instaurato con il contratto ». Il potere di revoca (con gli altri ipotetici poteri pubblici, che peraltro la Cassazione si guarda bene dall'elencare, né riesce ad individuare, poiché è da escludere che ne esistano oltre quelli — essi stessi assai dubbi, come si è detto — previsti dagli artt. 18 e 23 della legge) si aggiunge cioè alle « cause di estinzione previste dal diritto privato e proprie del rapporto instaurato con il contratto », vale a dire alle cause di « risoluzione » del rapporto (per inadempimento: cfr. gli artt. 1453 e 1454 cod. civ., cui fa rinvio del resto espressamente l'art. 12 del contratto) alle quali si riferiscono gli artt. 5 e 12 del contratto, e che sono di mero diritto privato (tanto che di esse ha sempre conosciuto il giudice ordinario) (5).

Spiega del resto assai bene la stessa sentenza: « Il fatto che la legge stessa imponga di attuare l'assegnazione mediante un contratto qualificato di vendita introduce indubbiamente nel rapporto elementi privatistici ». E aggiunge che « sarebbe addirittura assurdo contestare » che il contratto sia « uno strumento proprio del diritto privato», osservando che « è egualmente certo che l'adozione di tale strumento comporti l'insorgere di situazioni riconducibili nell'ambito dei diritti soggettivi perfetti ».

« Si verifica cioè — precisa la sentenza — quanto accade normalmente nelle ipotesi di cosiddette concessioni-contratto », che sono così frequenti nel campo delle concessioni di beni e servizi pubblici. In tali casi — come si esprime incisivamente la dottrina mas-

(5) V., per es., Cass. 3 giugno 1954, n. 1813; 9 novembre 1967, n. 2705; 10 giugno 1968, n. 1770; 6 aprile 1970, n. 924; Cons. Stato, V sez., 24 giugno 1950, n. 787; 18 febbraio 1956, n. 109; 21 gennaio 1956, n. 261; 21 dicembre 1957, n. 1202; 1° luglio 1961, n. 350; 28 marzo 1969, n. 231; Cons. giust. amm. 16 gennaio 1971, n. 1.

simamente qualificata (6) — « provvedimento e contratto sono in rapporto di collegamento necessario »: il rapporto « nasce dal provvedimento, ma è disciplinato mediante lo strumento contrattuale »; in esso « a carico di ambedue le parti sono posti obblighi patrimoniali aventi carattere di obbligazione ». « Il collegamento tra provvedimento e contratto è nel senso che il primo condiziona l'esistenza del secondo, ma non viceversa »; sicché, mentre « l'annullamento del provvedimento comporta perdita derivata di validità del contratto, l'annullamento del contratto (teoricamente possibile) non comporta invece perdita di validità del provvedimento. Del contratto si può chiedere la rescissione o la revisione per onerosità sopravvenuta senza che ciò incida sul provvedimento. Il contratto è risolubile, e ambedue le parti possono chiedere la risoluzione per inadempimento; l'Amministrazione può adottare la declaratoria di decadenza per inadempimento sostanziale ». Questo è oggi l'insegnamento universalmente seguito dalla dottrina, e si riferisce proprio (come si esprime GIANNINI) ai contratti « a oggetto pubblico », vale a dire a quelli che hanno per oggetto i « beni pubblici » (tra i quali secondo la Cassazione rientrerebbero anche le terre di riforma fondiaria, in quanto beni patrimoniali indisponibili) e i « pubblici servizi ». Scrive p. es. RIBOLZI (7): « Una volta che la volontà dell'autorità concedente si sia manifestata e si sia incontrata con l'accettazione del privato, allora cessa l'ambito della discrezionalità dell'ente e anche questo resta vincolato, assumendo tutti gli obblighi derivanti dal rapporto di concessione alla pari dell'altro contraente ».

3. Questo è anche l'insegnamento costantemente seguito dalla giurisprudenza (8). Senza dilungarsi in citazioni, basterà ricordare le recentissime sentenze della Corte suprema, Sezioni unite, 10 maggio 1975, n. 1811, e 21 giugno 1975, n. 2486 (9), entrambe riguardanti i diritti nascenti dall'assegnazione di case popolari (GESCAL), pure configurate come beni patrimoniali indisponibili. Si legge, tra l'al-

(6) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 743.

(7) *Sul contenuto delle concessioni-contratto*, in *Foro pad.*, 1959, I, p. 439.

(8) V. le citazioni dello stesso RIBOLZI, *loc. cit.*, nota 1.

(9) Pubblicate in *Foro it.*, 1975, I, c. 1639 ss.

tro, nella più recente delle due sentenze: « L'adozione dello strumento contrattuale, quand'anche fosse sostitutiva di provvedimenti amministrativi, perché considerata più adatta nel caso concreto al perseguimento di un fine pubblico, sta a dimostrare che l'ente non ha inteso esercitare e non ha esercitato alcuna potestà, ma si è posto in una situazione di uguaglianza rispetto all'altro contraente (cfr. Sez. un. 28 giugno 1971, n. 208; 11 marzo 1971, n. 698), ond'è che una qualunque pronuncia del giudice ordinario non inciderà direttamente ed immediatamente su provvedimenti amministrativi, né si sostituirà a provvedimenti ed attività riservati all'Amministrazione ». Nell'altra delle due sentenze (quella del 10 maggio) — nella quale si sottolinea diffusamente che dal contratto che accede ad un atto di concessione di un bene pubblico nascono veri e propri diritti soggettivi (sicchè, nel caso di specie, « detto negozio non presenta contenuti diversi da quelli propri della locazione, alla quale infatti resta assimilabile » — cfr. Sez. un. 7 maggio 1974, n. 1262) —, la Corte ha poi osservato, nella parte finale, che nell'ambito del rapporto regolato dal contratto l'agire (o non agire) dell'ente « non può qualificarsi espressione di una pubblica funzione, per cui esso rimane soggetto, anche in relazione alla domanda di condanna ad un *facere* (o ad un *non facere*), alla giurisdizione del giudice ordinario ». In sensi analoghi basterà ricordare ancora, tra le tante altre, la sentenza Cass. 9 aprile 1964, n. 811, dove ugualmente si osserva che in ogni concessione-contratto l'atto provvedimentale «dà luogo a un rapporto di natura pubblica » e quello contrattuale accessivo « ad un rapporto di diritto privato » (10).

Particolare interesse — ai fini di questo scritto — presenta la sentenza della Cassazione 30 aprile 1969, n. 1408, dove dalle riferite premesse si trae la logica conseguenza che la materia contrattuale di una concessione ben può formare oggetto di clausola compromissoria.

4. Precisate le cose che precedono, è il caso di ribadire che il legislatore è assolutamente libero di regolare in termini privati-

(10) V. inoltre, p. es.: Cass. 6 aprile 1966, n. 902; 10 giugno 1968, n. 1770; 13 marzo 1972, n. 728; 13 ottobre 1973, n. 2585.

stici i rapporti dell'Amministrazione con i terzi (il limite tra disciplina pubblica e disciplina privata risale a una scelta politica del legislatore, non essendo condizionato da nessun principio costituzionale).

Orbene il legislatore ha prescelto, in ordine ai rapporti dell'Ente di riforma con gli assegnatari, la via del diritto privato (v. § 2, sopra). Ciò vale, quanto meno, per quel che riguarda la risoluzione del rapporto e le conseguenze di questa. Materia che è stata trattata negli artt. 18 e 19 della legge, e ancor più nel contratto, in termini privatistici (lo ammette, come si è visto, la stessa sentenza della Cassazione del 1972).

Del resto la dottrina (v., per tutti, il brano di GIANNINI, sopra riportato) e la giurisprudenza (v. citazioni sopra, *sub* § 2) hanno sempre ritenuto che nelle concessioni-contratto, mentre la revoca è esplicazione di un potere pubblico ed esige un provvedimento (il quale investe il provvedimento di concessione, e solo conseguenzialmente tronca il rapporto contrattuale che in quello ha la sua base e il suo presupposto), la risoluzione e la decadenza attengono al rapporto contrattuale e si producono *ex se,* onde possono formare oggetto solo di una mera declaratoria (della parte o del giudizio).

Vale ad ogni modo la pena di evidenziare che, quando pure volesse sostenersi che la dichiarazione, da parte dell'Ente, della risoluzione del rapporto per inadempimento da parte dell'assegnatario fosse (come è da escludere) espressione di un potere di diritto pubblico e non di una mera facoltà di « diritto comune » (diritto privato), essa opererebbe pur sempre non nell'àmbito degli interessi legittimi, bensì in quello dei diritti soggettivi, non disponendo l'Amministrazione della possibilità di dichiarare a propria scelta risolto il rapporto, ma potendo farlo solo nei casi di constatato inadempimento. Una dichiarazione di risoluzione in un caso in cui inadempimento non vi sia stato concreterebbe indiscutibilmente la lesione di un vero e proprio diritto soggettivo.

5. Né la natura di vero e proprio diritto che la posizione soggettiva dell'assegnatario assume rispetto all'Ente sotto questo aspetto è stata alterata dal fatto che l'art. 5 della legge n. 1034 del 1971 — la quale ha introdotto in materia un nuovo caso di « giurisdizio-

ne esclusiva » del giudice amministrativo — ha attribuito ai tribunali amministrativi regionali (sottraendola ai giudici ordinari) anche la competenza a conoscere dei casi di risoluzione e decadenza dei rapporti di concessione. Trattasi — si ripete — di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva. E il mutamento della competenza giurisdizionale non incide sulla natura della posizione soggettiva.

6. Siccome le questioni relative a diritti soggettivi patrimoniali (come quelli in discussione) sono sempre compromettibili in arbitri, non potrebbe perciò escludersi neanche in tal caso la legittimità della clausola arbitrale inserita nell'art. 19 dei « contratti di assegnazione e vendita » in riferimento alle controversie in tema di risoluzione in genere, e, in particolare, in tema di risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità (11).

È noto, del resto, quanto siano diffuse le clausole compromissorie nelle concessioni-contratto di pubblici servizi (per es., nettezza urbana, illuminazione pubblica, trasporti, riscossione imposte di consumo, riscossione dei diritti sulle affissioni e pubblicità).

7. Non sussistendo, poi, per l'autonomia negoziale della pubblica Amministrazione, alcun limite fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (12), è da escludere che esistano preclusioni a che anche la pubblica Amministrazione preveda nei propri contratti un arbitrato rituale di equità (per es., Cass. 9 aprile 1969, n. 1135; 14 dicembre 1971, n. 3633).

È il caso tuttavia di aggiungere che, quando volesse ritenersi l'inammissibilità, in materia, di un arbitrato di equità, la previsione del giudizio di equità è tale che *vitiatur sed non vitiat.* Sicché la inammissibilità che gli arbitri giudichino equitativamente non varrebbe a caducare l'intera clausola arbitrale.

8. Data la soggezione al codice civile dei contratti accessivi alle concessioni, non sussistono poi preclusioni a che anche di un contratto del genere venga chiesta dalla parte privata la risolu-

(11) V., per es., Cass. 30 aprile 1969, n. 1408, in *Foro amm.*, 1970, I, p. 23.

(12) V., per tutti, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 12ª ed., Napoli, 1974, p. 510.

zione per eccessiva onerosità; la quale, del resto, sta a controbilanciare la possibilità della « revoca » della concessione, da parte dell'Amministrazione, ammessa per sopravvenute ragioni di interesse pubblico (v. sopra, § 2) (13).

È il caso di ricordare che laddove, in presenza di concessioni non aventi natura contrattuale, e comunque in riferimento ad aspetti del rapporto di concessione nell'àmbito dei quali l'Amministrazione dispone di poteri discrezionali (per es., determinazione delle tariffe), la giurisprudenza ha ritenuto di dover escludere — appunto in considerazione del carattere pubblico del rapporto e del potere amministrativo — la possibilità di una richiesta, da parte del privato, di una risoluzione per eccessiva onerosità, ma non ha potuto non riconoscere al concessionario la libertà di recedere dal rapporto rinunciando alla concessione (14).

È superfluo poi sottolineare che a maggior ragione una simile possibilità di recesso è da riconoscere (per ovvie ragioni di ordine prima di tutto costituzionale, inerenti alla libertà personale e alla libertà di lavoro) all'assegnatario di un terreno da coltivare direttamente, e a maggior ragione, agli aventi causa di lui.

9. Ancor più facile, se possibile, è concludere per la deferibilità ad arbitri della questione se all'assegnatario nei confronti del quale si sia prodotta la risoluzione del contratto spetti o non quanto previsto dall'art. 14 del « contratto di assegnazione e vendita »: rimborso delle quote di ammortamento e indennità miglioratoria. Trattasi infatti di materia di diritti soggettivi, in ordine alla quale l'Amministrazione non dispone di poteri discrezionali di sorta.

---

(13) In tali sensi v. GIANNINI, *loc. cit.*; FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 62 ss., e già BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravvenuta nel corso delle concessioni amministrative*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 772 ss.; BOSELLI, *La eccessiva onerosità nei contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 719 ss., nonché, in giurisprudenza, per es., Cass. 27 gennaio 1959, n. 224; 10 luglio 1962, n. 2116.

(14) v. Cass. 19 maggio 1971, n. 1506, in *Giur. it.*, 1972, I, c. 364, in riferimento alla concessione di servizi di trasporto le cui tariffe erano diventate inadeguate al costo.

10. Ritengo poi che l'indennità miglioratoria spetti all'assegnatario in qualsiasi caso di risoluzione del rapporto (anche se dovuta a recesso unilaterale).

L'art. 14 del contratto copre ogni possibile ipotesi. La corresponsione di una siffatta indennità discende, del resto, dalla regola generale enunciata nell'art. 1150 cod. civ., applicabile anche in virtù dell'art. 1374. Quand'anche così non fosse, l'assegnatario avrebbe, del resto, diritto al rimborso ai sensi degli artt. 2041 e seguenti dello stesso codice.

11. Non appare legittimo alcun dubbio, infine, circa la soggezione all'arbitrato di cui all'art. 19 del contratto, anche delle controversie, aventi radice nel rapporto di concessione, insorgenti (non tra l'Ente e l'assegnatario, bensì) tra l'Ente e gli eredi dell'assegnatario non subentrati nella concessione.

L'art. 19 della legge n. 230 del 1950 e l'art. 7 della legge n. 379 del 1967 regolano espressamente la posizione e i diritti degli eredi nei confronti dell'Ente, e alle leggi stesse fa rinvio il contratto nel suo preambolo. Inerisce perciò all'economia del contratto che esso regoli non solo i rapporti dell'Ente con l'assegnatario, ma anche quelli con gli eredi di lui derivanti dal rapporto istituito col contratto.

b) RICORSI AMMINISTRATIVI E GIUDIZI AMMINISTRATIVI

Note sui limiti della sindacabilità gerarchica dei provvedimenti emessi sul presupposto di atti di autorità estranee alla gerarchia*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1942, III, col. 28-35

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 aprile 1941, *ibid.*, col. 27; la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 30 APRILE 1941; PRES. ROCCO P., EST. PICCARDI; SOCIETÀ ELETTRICA SELT VALDARNO (AVV.TI FRANCO, CONTE) C. MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI (AVV. DELLO STATO) E SOCIETÀ ELETTRICA DELLA VALDELSA.

Poiché l'autorizzazione all'impianto di tali linee può essere data solo col consenso del Ministero delle corporazioni, occorre che il Ministero dei lavori pubblici, nel provvedere in ordine ad un ricorso gerarchico contro un provvedimento (prefettizio) di autorizzazione, senta anche il Ministero delle corporazioni, qualora il ricorso investa anche l'intervento di questo nella emanazione del provvedimento impugnato; e dovrà d'altra parte ritenersi, per effetto della reciproca posizione di indipendenza dei due Ministeri, che l'avviso di quello delle corporazioni, in ordine ai motivi di ricorso che lo concernono, abbia effetto vincolante per il Ministero dei lavori pubblici, ai fini della decisione del ricorso.

I. — La decisione, la cui ultima massima ci si limita qui a far oggetto di qualche modesta considerazione, è fuori dubbio di quelle — tanto frequenti nella benemerita giurisprudenza del nostro consiglio di Stato — le quali costituiscono delle miniere di finissime osservazioni, capaci di suggerire allo studioso, che intenda sviscerarne e considerarne specificamente tutto il contenuto, argomento per una trattazione ben più ampia di quella che può consentire una semplice nota giurisprudenziale. Ben tre questioni, in fatti, — e l'una più seria dell'altra — l'alto consesso ha dovuto con essa affrontare e risolvere. E, secondo la sua tradizione, le ha affrontate nel più completo e più profondo dei modi.

Tanto la prima di tali questioni — quella relativa alla discriminazione delle competenze tra il tribunale supremo delle acque pubbliche e il consiglio di Stato in materia di impianti elettrici — quanto la seconda — quella relativa alla decorrenza del termine per l'impugnativa da parte dell'interessato che illegittimamente non abbia avuto diretta partecipazione del provvedimento — sarebbero in grado di formare, ciascuna per proprio conto, oggetto di diffuso esame. Entrambe sono state affrontate dal collegio con seria cura, e sono state svolte dall'illustre estensore col consueto acume. E contro nessuna delle due soluzioni adottate pare sia dato formulare alcun grave dissenso, pur non mancando forse di avanzare qualche riserva di carattere particolare. Così sarebbe dato probabilmente osservare che, ai termini dell'art. 36 del testo unico sul cons. di Stato, prima di escludere, per l'interessato cui illegittimamente il provvedimento non fosse stato notificato, la decorrenza del termine per l'impugnativa dalla pubblicazione del provvedimento stesso nel foglio degli annunzi ufficiali, avrebbe potuto meritare maggior attenzione — specie quando si consideri la fattispecie che veniva in questione — l'accertamento della circostanza che egli non ne avesse, da quel foglio o per altra via, avuto notizia. E sarebbe ancora lecito affacciare qualche dubbio circa la relativa facilità con la quale il collegio ha ritenuto di poter riconoscere i caratteri dell'opposizione in un esposto presentato dall'interessato all'autorità decidente.

Qualche considerazione di maggiore dissenso può invece suggerire il modo con cui l'alto consesso giurisdizionale ha ritenuto

dover risolvere l'ultima delle questioni che si presentavano al suo esame.

II. — Il problema era il seguente. Nel caso in cui sia ammesso il normale ricorso al superiore gerarchico contro il provvedimento preso da una certa autorità previo assenso di un'altra autorità, la quale, lungi dall'essere inquadrata nella medesima gerarchia della prima, rappresenti addirittura l'organo cui fa capo una scala gerarchica dalla prima distinta e a essa parallela, occorre, per poter decidere il ricorso, sentir prima, nella sfera di sua competenza, l'autorità la quale accordò il preventivo assenso?

La fattispecie concreta era questa. Ai termini dell'art. 108, 4° comma del t. u. 11 dicembre 1933, n. 1775, sulle acque pubbliche e sugli impianti elettrici, una società elettrica aveva avanzato ricorso gerarchico al ministro dei lavori pubblici contro il provvedimento col quale, ai sensi dello stesso articolo, il prefetto aveva autorizzato all'impianto di una linea elettrica un'altra società. E, siccome, secondo il disposto dell'art. 211, 8° comma, del cit. t. u., l'autorizzazione era stata accordata previo assenso del ministro delle corporazioni, si discuteva se il provvedimento, col quale il ministro dei lavori pubblici aveva deciso il ricorso, fosse a considerare legittimo quando fosse stato preso senza aver prima sentito, per quanto riguardava la sua sfera di attribuzioni, il ministro delle corporazioni.

In sede di giudizio, la difesa della società ricorrente aveva appunto sostenuto la tesi della illegittimità. La difesa dello Stato aveva per contro obbiettato il carattere indipendente e definitivo dell'atto di assenso del ministro delle corporazioni, il quale per sua natura avrebbe potuto venir impugnato in modo autonomo, senza esser quindi suscettibile di venir preso, nella sua essenza, a oggetto di nuovo esame in sede di ricorso contro l'atto prefettizio di autorizzazione.

La soluzione del problema involge necessariamente una presa di posizione in ordine all'interessante e discusso tema del procedimento amministrativo, e, più precisamente, in ordine a quella che in altra sede non si è esitato a considerare come forse la più delicata questione relativa al tema stesso (1): la questione della determinazione dei limiti della nozione. Nessuna nozione giuridica è meritevole di riconoscimento, se non quando nel quadro del sistema si possa a essa attribuire una effettiva rilevanza in ordine al problema delle conseguenze giuridiche. E per ciò appunto quella del procedimento, in tanto è suscettibile del riconoscimento di un qualche significato, in quanto si riesca a de-

(1) V. le mie *Considerazioni in materia d'impugnabilità degli atti di nomina delle commissioni giudicatrici dei pubblici concorsi*, nella *Riv. del pubbl. imp.*, 1941, II, pag. 106.

terminare quale sia la funzione degli elementi che in essa si fanno rientrare, e quindi, sopra tutto, quando si riescano a fissare, con rigore sistematico rispondente alla considerazione e al trattamento univoci che il sistema fa a tali elementi, i suoi limiti (2). Anzi sarà opportuno qui ricordare come l'aspetto più complesso della determinazione dei limiti del procedimento sia appunto quello che ha riguardo ai limiti iniziali, vale a dire proprio a quelli che in questa sede interessano.

La decisione che si annota ha appunto impostato i termini del problema sulla base della teoria del procedimento. Con quanta proprietà, secondo il punto di vista che a me pare il più attendibile, è cosa che verrà esaminata nel prossimo numero. Per ora verrà invece illustrata, nel suo filo logico, la costruzione dialettica che portò l'alto consesso ad adottare la soluzione cui ritenne dover pervenire

Il collegio è partito dalla considerazione che il preventivo assenso del ministro delle corporazioni si pone come « il primo atto di quel procedimento amministrativo che potrà condurre al rilascio o al diniego dell'autorizzazione da parte dell'autorità prefettizia », e che per ciò stesso « non può essere impugnato in modo autonomo, ma soltanto con il provvedimento definitivo alla emanazione del quale esso concorre, e con i rimedi propri a detto provvedimento » . Esso si è trovato quindi di fronte alla difficoltà di dover risolvere il problema se l'autorità, competente a sindacare, in sede di ricorso, il provvedimento emesso da un dipendente gerarchico, possa, nell'ipotesi che tale provvedimento sia venuto in essere sul presupposto di un necessario atto preparatorio dovuto a un'autorità non subordinata, ma di grado pari e di competenza diversa, estendere la propria valutazione critica anche a quell'atto preparatorio. Il problema implicava una presa di posizione in ordine a quello che il collegio stesso ha definito come « il principio della reciproca autonomia dei diversi Dicasteri ». E — sulla direttiva offertale dalla difesa della società ricorrente — l'alto consesso lo ha risolto formulando un principio, secondo il quale, nei casi del genere, venendo per necessità in questione una sfera nella quale l'autorità decidente sul ricorso non è in grado di pronunciare senza invadere i limiti della competenza di un'altra autorità, bisognerebbe appunto riconoscere come inderogabile che questa seconda autorità intervenga a cooperare con la prima entro i limiti che alla sfera d'azione di questa restano interdetti (3). Venne cioè ritenuto che il ministro dei lavori pubblici può legittimamente pronunciare in sede di ricorso gerarchico contro il provvedimento prefettizio emesso ai

(2) Su tali premesse sono fondati gli svolgimenti condotti nel mio studio su *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, pag. 51 segg.

(3) Parlo qui di *cooperazione giuridica* nel senso più ampio della espressione, senza voler scendere ad alcuna specificazione.

sensi dell'art. 108 del cit. t. u., soltanto dopo aver sentito, per ciò che riguarda la sfera della sua competenza — vale a dire per quanto concerne proprio la materia del consenso da esso dato ai sensi dell'art. 211 dello stesso testo unico — il parere — per giunta vincolante — del ministro delle corporazioni.

Tale soluzione venne adottata nell'evidente intento di salvare capra e cavoli: vale a dire nell'aspirazione a non far violenza nè al principio della non impugnabilità *ex se* degli atti preparatori, nè a quello della reciproca autonomia delle singole branche dell'amministrazione statale. Ma, se pur lodevole negli intenti, essa si rivela ibrida e scarsamente soddisfacente. Ibrida, perchè — come si esprime la stessa decisione — il ricorso gerarchico contro il provvedimento prefettizio inficiato da un vizio inerente all'assenso del ministro delle corporazioni viene così ad assumere, «pur nella unicità della sua veste formale di ricorso gerarchico, un carattere sostanzialmente duplice: di rimostranza alla stessa autorità per quanto concerne il consenso manifestato dal Ministro delle Corporazioni, e di ricorso gerarchico vero e proprio nella parte riguardante l'attività svolta, nella sua sfera di competenza, dal Prefetto». Scarsamente soddisfacente, oltre che pel suo stesso carattere ibrido, il quale non trova nel sistema precedenti nè analogie; e oltre che per la circostanza che nel nostro ordinamento giuridico quelle che prevedono l'istituto dell'opposizione — al quale il caso in esame, se pur con esso non si identificava, molto era vicino, col suo risolversi nel ritorno dell'autorità che aveva deciso, a seguito di un'istanza di parte, sul proprio provvedimento — sono norme a fattispecie esclusiva (4), come tali insuscettibili di trovare applicazione fuori dei casi in esse previste; particolarmente per il fatto che la soluzione accolta reca violenza alla disciplina delle procedure stabilite dal sistema.

III. — Esaurita l'analisi critica degli sviluppi logici, i quali indussero il Consiglio di Stato alla soluzione adottata, occorre ora passare alla parte ricostruttiva.

Il punto di partenza — come già è stato rilevato, come il collegio giudicante comprese, e come, del resto, pur nella sua tesi negativa, la stessa difesa dello Stato avvertì — deve necessariamente risiedere nella teoria del procedimento amministrativo. Lo dimostrano per altro chiaramente le conclusioni, necessariamente contrastanti, cui il collegio giudicante e la difesa dello Stato pervennero, dopo aver adottato in ordine a tale teoria delle posizioni di netta divergenza.

Più precisamente, occorre fermare l'attenzione su quel delicato punto della teoria del procedimento amministrativo, il quale

(4) Accedo in linea di massima all'ordine di idee inerente all'acuta distinzione tra norme eccezionali e norme a fattispecie esclusiva, di recente profilata da M. S. GIANNINI, nello studio su *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, nella *Riv. di dir. finanz. e di sc. delle fin.*, 1941, pag. 124 segg., e più ampiamente svolta nell'annunciato studio sull'*Analogia giuridica*, di prossima pubblicazione in *Jus*.

attiene alla determinazione dei suoi limiti iniziali. Su tale punto, in sede più propria, ho avuto modo di soffermarmi ampiamente (5). E, più di recente, ho avuto occasione di fare applicazione della soluzione in ordine a esso adottata, in una nota giurisprudenziale (6). Non è per ciò qui il caso di ripetizioni.

In questa sede mi limiterò soltanto a ricordare come, secondo la tesi accolta, a voler impiegare in senso strettamente tecnico il concetto di procedimento amministrativo è quello di atti preparatori, occorre non estendere la categoria di questi ultimi — i quali soli tra i presupposti sono suscettibili di inquadramento nella fase iniziale del procedimento —, oltre quegli atti i quali vengono in essere in stretta e immediata funzione della fattispecie per la cui realizzazione il procedimento si svolge. Vale a dire che in tale categoria non possono venir compresi se non quegli atti presupposti, i quali, non solo siano venuti in vita espressamente in vista della fattispecie in questione, ma siano privi, in ordine all'effetto in vista del quale vennero in essere, di ogni autonomia funzionale: nel senso che l'azione da essi esplicata in tale direzione non sia per sè sola suscettibile di un effetto che possa venir considerato come un risultato — sia pur parziale — definitivo e acquisito, e come tale capace di determinare *ex se* il turbamento di una qualsiasi posizione giuridica.

Nello scendere dalla formulazione di tali concetti alla loro pratica applicazione, ritenni — e anche a questo proposito non è il caso di ripetere gli svolgimenti logici che guidarono alla soluzione — dover tra gli altri escludere dalla categoria degli atti preparatori, a causa della loro funzione autonoma e ben differenziata rispetto a questi, tutti quegli atti, i quali si ripercuotono sulla legittimazione dell'agente a porre in essere il provvedimento in funzione del quale la serie procedurale si svolge. E tra questi ultimi giudicai di poter inquadrare anche l'atto di autorizzazione, nel quale — secondo quanto mi pare — si risolve pure l'assenso necessariamente preventivo (7), che è l'atto che ai fini specifici di questa nota interessa. L'autorizzazione consiste nell'attribuzione, al titolare di una determinata potestà, del potere di esercitarla in ordine a un certo specifico oggetto, in relazione al quale, senza di essa, quello non potrebbe esplicare la propria azione. Essa si riflette dunque direttamente sulla legittimazione del soggetto (8). Si tratta quindi di un elemento dal punto di vista logico antecedente rispetto all'ora in cui potrà porsi la questione di un'azione da svolgere dal soggetto sul-

(5) V. *Il procedimento*, cit., pag. 51 segg.

(6) *Considerazioni*, cit.

(7) V. *Il procedimento*, cit., nota 16 a pag. 66. Di recente il CRISAFULLI, *Sull'incompetenza del ministro proponente come vizio di legittimità dei decreti reali*, nel *Foro it.*, 1941, III, c. 218, ha però ritenuto che la natura giuridica dell'assenso preventivo «potrebbe oscillare tra l'autorizzazione e il parere». Per quanto riguarda l'assenso non necessariamente preliminare, v. invece *Il procedimento*, cit., pag. 280 segg.

(8) Su questi concetti, v., anche per ulteriori richiami, *Il procedimento*, cit., nota 16 a pag. 66 segg., e partic. pag. 68.

l'oggetto, e cioè di un elemento il quale non può dirsi venuto in vita in stretta e immediata funzione della realizzazione dello oggetto. Ancor prima di questa, se pur in vista di questo, l'autorizzazione si risolve in un risultato ormai acquisito, dotato di una propria funzionale autonomia. E, come tale, è da considerare anteriore ed estranea alla vera e propria fase preparatoria di quello che in senso tecnico va considerato come il procedimento preordinato alla realizzazione dell'oggetto.

Posta la questione in tali termini — dai quali non era molto lontana la difesa dello Stato, allorchè, come si ricava dalla decisione annotata, affermò che l'assenso del ministro delle corporazioni «ha carattere definitivo, e può, quindi, essere impugnato soltanto in modo autonomo» —, occorre ora vedere come, alla stregua dei giusti principi, essa andava risolta.

A questo punto occorre riconoscere come esattamente il collegio giudicante abbia — in contrasto con la tesi dell'avvocatura dello Stato — contestato l'esistenza di un interesse della società ricorrente a impugnare, fin dal momento della sua emissione, l'atto di assenso del ministro delle corporazioni. La lesione di un interesse della ditta controinteressata all'autorizzazione di un'altra ditta all'impianto di una linea elettrica non può venir riconosciuta come meritevole della tutela dei mezzi accordati dal sistema, fin dal momento in cui, col suo assenso, il ministro delle corporazioni sia venuto a rimuovere il limite all'azione autorizzatrice del prefetto. È solo dal momento in cui quest'ultima si sia estrinsecata, che può, in fatti, parlarsi di un interesse attuale del cittadino a impugnare l'azione lesiva del suo interesse giuridicamente protetto (9).

Ma questo — si noti bene — non perchè l'atto di assenso del ministro delle corporazioni vada qualificato come atto preparatorio, e non sia quindi per ciò stesso suscettibile di determinare *ex se* la lesione di alcun interesse, e di conseguenza di venire *ex se* preso a oggetto d'impugnativa. Come in sede più propria si è cercato di porre in evidenza, il fenomeno che qui si riscontra merita una spiegazione ben diversa. Accanto a quegli atti, i quali, a causa del loro carattere preparatorio, e del conseguente difetto di autonomia funzionale, non sono suscettibili di venire *ex se* presi a oggetto di impugnativa, in quanto non sono *ex se* capaci di determinare in chi che sia la lesione di alcun interesse, esiste un'altra categoria di atti, i quali — pur avendo in comune coi primi la qualità negativa di non essere suscettibili di impugnativa fin dal momento della loro emissione, e quella positiva di poter venir caducati soltanto al momento in cui, essendo venuto in essere il provvedimento in vista del quale

(9) Come già altra volta ho avuto occasione di osservare (*Considerazioni*, cit., nota 5 a pag. 111), la questione che qui preme si risolve adeguatamente, quando si tengano rigorosamente distinti l'interesse protetto dalla norma di diritto sostanziale, e l'interesse a ricorrere. Lo accoglimento di tale posizione è necessariamente presupposto dagli svolgimenti che seguono nel testo.

vennero in vita, abbia potuto, in occasione di questo, estrinsecarsi la loro azione lesiva degli interessi privati — rimangono rispetto ai primi nettamente differenziati, a causa appunto del non esser privi di una propria funzionale autonomia. Se tali atti non sono impugnabili fin dal momento della loro concretizzazione, ciò non avviene perchè essi siano privi di autonomia funzionale: ma dipende soltanto dalla circostanza che la loro autonomia funzionale non ha modo di tradursi in una lesione effettiva di interessi privati, se non nel momento in cui nella sfera di tali interessi sia venuto a incidere quel certo provvedimento, sul quale in veste di presupposti essi si ripercossero. Qui dunque non si viene a contatto, come nell'ipotesi dei preparatori, di atti i quali addirittura non siano suscettibili di esser impugnati *ex se*: ma si viene invece a contatto di atti, i quali sono suscettibili di venire impugnati, ma soltanto in occasione dell'aspirazione alla caducazione di un altro atto, con la emissione del quale il loro destinatario abbia potuto veder diventata attuale la lesione del proprio interesse. Non si tratta dunque di atti non impugnabili: ma di atti, l'interesse all'impugnativa dei quali non può esser riconosciuto meritevole di protezione giuridica, se non in un momento successivo a quello della loro emissione (10).

Tale era appunto, secondo il mio modesto modo di vedere, il caso che ricorreva, nell'ipotesi in esame, nei riguardi dell'assenso del ministro delle corporazioni. Del suo carattere non strettamente preparatorio — del quale si è cercato più sopra di spiegare le ragioni — ha mostrato di essere in fondo consapevole lo stesso magistrato, quando ha scritto che, con esso, «l'esame della domanda, sotto un determinato punto di vista, può considerarsi esaurito». E da tale carattere deve farsi scendere, in coordinazione coi concetti svolti, la soluzione che pare degna di accoglimento.

Non a torto la difesa dello Stato affermava l'impugnabilità *ex se* dell'assenso in questione. Ma errava nel ritenerlo impugnabile fin dal momento della sua emissione.

Non a torto per contro il collegio giudicante contestò la presenza di ogni interesse attuale a impugnarlo fin dal momento della sua emissione. Ma turbò le acque quando ritenne che il problema potesse venir risolto adottando il principio che, sul ricorso gerarchico proposto contro l'autorizzazione prefettizia inficiata dal vizio dell'assenso del ministro delle corporazioni, il ministro dei lavori pubblici avrebbe dovuto ispirarsi, nel provvedere, a un giudizio vincolante dello stesso ministro delle corporazioni appositamente ancora consultato.

Un interesse attuale a impugnare l'atto di assenso del ministro delle corporazioni è da ritener presente per la prima volta, nella società non prescelta, al momento in cui essa veda confe-

(10) Su questi concetti, e sulle loro applicazioni, v. *Il procedimento*, cit., pag. 57 segg., 63 segg., 369 segg.; *Considerazioni*, cit., pag. 110 segg.

rita a un'altra società l'autorizzazione all'impianto della linea elettrica. Dunque solo e appunto dal momento in cui abbia avuto nozione di tale autorizzazione è da riconoscerle il diritto a ricorrere. Ma naturalmente — come scende dalle premesse, e come aveva intuito la difesa dello Stato — il ricorso all'autorità competente al sindacato per il vizio inerente all'assenso, è da ammettere appunto contro quest'ultimo. E a ciò nulla toglie se, in quanto giustificato esclusivamente dalla presenza di una lesione divenuta attuale in occasione del conferimento dell'autorizzazione ed esercitabile soltanto in quanto si abbia interesse alla caducazione di essa, il ricorso non possa venir presentato, se non quando appunto si eserciti il gravame contro tale autorizzazione.

I mezzi, dei quali, al fine di ottenere la soddisfazione delle proprie ragioni, la società attrice avrebbe dovuto avvalersi, dovevano dunque — secondo i principi — essere due, dei quali anche il primo non esercitabile prima dell'intervento dell'autorizzazione prefettizia. Essi erano: 1) ricorso giurisdizionale al consiglio di Stato contro l'assenso del ministro delle corporazioni, insuscettibile, da una parte — alla stregua dei principi che governano presso di noi il ricorso gerarchico — di ogni ulteriore sindacato gerarchico, e, dall'altra, — sulle basi del principio dell'autonomia dei dicasteri (11) — di ogni sindacato da parte del ministro dei lavori pubblici, competente al sindacato gerarchico sul provvedimento prefettizio emesso sul suo presupposto; 2) contemporaneo ricorso gerarchico — rivolto a eludere ogni possibilità di decadenza, e nel contempo a far riconoscere il ricorrente come effettivamente interessato alla caducazione del suo presupposto impugnato in via giurisdizionale — contro il provvedimento prefettizio di autorizzazione: ricorso gerarchico proposto subordinatamente all'accoglimento da parte del giudice amministrativo dell'istanza a lui avanzata contro l'assenso presupposto da quel provvedimento, e sospeso appunto a tale accoglimento (arg. ex art. 3 cod. proc. pen.; art. 111, 308, 504, cod. proc. civ. 1865; art. 2 legge 31 marzo 1877, n. 3761; art. 295 cod. proc. civ. 1940, i quali tutti sono l'espressione di un principio generale del nostro ordinamento).

Con l'adottare una soluzione di tal genere nella delicata e per fortuna non frequente questione, si realizza il vantaggio di rispettare sia quel principio — di cui maggiormente si preoccupò la decisione annotata — secondo il quale l'autorità chiamata a pronunciarsi su ricorso gerarchico non può estendere il proprio sindacato oltre l'azione degli uffici a essa gerarchicamente soggetti; sia quello — meno rispettato dalla decisione stessa —, secondo il quale le norme che regolano l'istituto dell'opposizione

---

(11) Su tale principio, che è implicito nel generale principio della discriminazione delle competenze (sul quale, v., anche per ampi richiami, *Il procedimento*, cit., pag. 107 segg.), cfr. partic. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, III, 1939, pagg. 23, 189.

rivelano il carattere eccezionale del ritorno necessario, a seguito di un'istanza di parte, dell'autorità decidente sul proprio provvedimento; sia l'altro — del tutto trascurato dal collegio —, il quale esige il rispetto della disciplina delle procedure amministrative disposta dal sistema. E la fedeltà al sistema è sempre il primo dei propositi, che devono ispirare la fatica dell'interprete.

IV. — Giunti alla soluzione che pare meglio adattarsi al caso specifico, per completezza d'indagine verrà ora portata la attenzione sull'ipotesi, in cui l'atto, che sia presupposto dal provvedimento soggetto al sindacato gerarchico, e non sia esso stesso assoggettabile a tale sindacato, abbia effettivamente carattere preparatorio. Se bene, a quanto ritengo, il caso non ricorra nella fattispecie che diede occasione alla decisione che si annota, esso invita qui ugualmente all'esame, oltre che per l'interesse che lo aspetto della questione merita per se stesso, sopra tutto nell'intento di evitare che la posizione di dissenso, accolta nei confronti della decisione, possa venir accusata di esser troppo legata a una concezione particolare in ordine ai limiti della categoria degli atti preparatori (12).

Prima di penetrare nell'analisi, può avere interesse rilevare come il caso che qui si presenta all'esame sia tutt'altro che infrequente, e non sia affatto tipico ed esclusivo delle ipotesi, in cui l'autorità che ponga in essere l'atto preparatorio rappresenti il grado più alto della scala gerarchica di una certa amministrazione dello Stato.

Basti pensare che per principio i corpi consultivi — che sono quelli che pongono in essere forse i più tipici fra gli atti preparatori: i pareri — sono sottratti a ogni rapporto di subordinazione gerarchica (13); basti ricordare che la proposta e la richiesta sono degli atti, i quali molto sovente sono rivolti da un ente giuridico a un altro; basti considerare come sia frequente l'ipotesi di istruttorie svolte da soggetti diversi o comunque da autorità non inquadrate nella medesima gerarchia, rispetto a quella che sul loro presupposto deve provvedere (14).

Ora, alla stessa maniera che non può ammettersi che l'autorità, in funzione del cui provvedimento venne posto in essere l'atto preparatorio della cui legittimità si discuta, sia legittimata a sindacare di tale atto, è da escludere la possibilità di un sindacato di ugual genere presso il superiore gerarchico, in

---

(12) Per altro, la dimostrazione della necessità di accogliere per i due casi una soluzione diversa costituisce una prova molto significativa della rilevanza giuridica della profilata differenziazione tra i presupposti che non rientrano nel procedimento, e quelli che invece vi rientrano, e ai quali va limitata la qualifica di atti preparatori.

(13) Cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso*, cit., III, pag. 221.

(14) Gli atti di iniziativa, gli atti consultivi, gli accertamenti preliminari, sono le tipiche figure di atti preparatori che il diritto amministrativo conosce. Cfr. *Il procedimento*, cit., pag. 134.

sede di revisione dell'operato di quella. Il principio dell'autonomia delle rispettive sfere di competenza verrebbe dall'adozione di una tesi diversa gravemente forzato. Ma l'adozione in linea di regola generale di una tesi del genere di quella accolta con la decisione che si commenta, pare urtare non meno fortemente contro i principi. Con essa si verrebbe, in fatti, a recare serio turbamento al sistema delle procedure amministrative stabilito dall'ordinamento.

Quale è allora la tesi degna del miglior credito?

Come è noto, l'atto preparatorio, come quello che non è in grado di produrre *ex se* la lesione di alcun interesse, non è suscettibile *ex se* di impugnativa: nè in sede di ricorso giurisdizionale, nè in sede di ricorso gerarchico, nè, tanto meno — dati i caratteri eccezionali dell'istituto —, in sede di rimostranza alla medesima autorità che lo abbia posto in essere. La sua invalidità può esser fatta valere esclusivamente attraverso l'invalidazione del provvedimento sul quale abbia fatto sentire la propria ripercussione (15).

Accanto a questo principio — come è stato giustamente avvertito dal collegio giudicante —, ai fini della decisione che interessa le presenti note, ne va tenuto però in immediata evidenza un altro. Ed è quello per cui a nessuna autorità è lecito estendere la sua sfera d'azione oltre i limiti della propria competenza.

Dalla coordinazione di questi due principi discende dunque la regola — anch'essa esattamente avvertita dalla decisione annotata — che l'autorità competente al sindacato gerarchico del provvedimento inficiato a causa della non rispondenza ai principi dell'atto preparatorio sul cui presupposto sia venuto in vita, non è legittimata, quando l'agente che abbia posto in essere lo atto preparatorio sia estraneo alla gerarchia alla quale essa presiede, a estendere il proprio sindacato fino alla valutazione dei vizi propri di tale atto.

Ma bisogna allora concludere che l'atto preparatorio debba in tal caso restare fuori di ogni sindacato? Una conclusione di tal genere urterebbe gravemente contro i principi. E, del resto, la soluzione del problema, coerentemente alle regole che disciplinano la materia, è più semplice di quanto la decisione annotata non abbia mostrato di ritenere.

Il vizio di cui si discute, il quale certo non è sindacabile in sede gerarchica, non è, in effetti, tale da non poter venir sindacato neanche in sede giurisdizionale. Il consiglio di Stato, in fatti, per sua natura, è competente anche al sindacato dell'atto preparatorio. E ben potrà, sulla base del vizio di questo, pronunciare l'annullamento del provvedimento adottato sul suo presupposto, dando al cittadino piena soddisfazione.

Se manca, dunque, nell'ipotesi in esame, la possibilità di esercitare quel consueto mezzo di gravame — il ricorso gerar-

(15) Per lo svolgimento di questi concetti, e per richiami, v. *Il procedimento*, cit., pag. 371 segg.

chico, — il quale normalmente deve precedere il mezzo giurisdizionale, nulla può escludere che quest'ultimo mezzo debba considerarsi ammissibile. E per ciò, data la particolare situazione che qui si presenta, è da ritenere che l'invalidità derivante a un certo provvedimento da un vizio dell'atto preparatorio dovuto a un'autorità estranea alla gerarchia di quella che lo abbia posto in essere, renda il provvedimento stesso, per i peculiari caratteri del suo difetto, direttamente impugnabile innanzi al Consiglio di Stato. Si viene cioè a contatto di un difetto, nel concorso del quale, omesso il grado intermedio del gravame gerarchico, il ricorso va portato direttamente all'organo giurisdizionale (16).

Nè ciò deve far meraviglia. Se è vero che funzione del ricorso gerarchico è quella di consentire al superiore la revisione dell'operato delle autorità a esso soggette, e che, come tale, il ricorso gerarchico è presupposto perchè possa venir richiesto il sindacato giurisdizionale su tale operato, è evidente che si tratta di un mezzo, il quale si rende perfettamente inutile in quei casi, in cui venga in questione una sfera giuridica, alla quale il sindacato dell'autorità gerarchicamente superiore a quella, del cui provvedimento viene discussa la rispondenza ai principi, istituzionalmente non può venir estesa. Ed è quindi logica e coerente ai principi la conseguenza che in casi di tal genere, omesso ogni gravame gerarchico, sia senz'altro da riconoscere la possibilità del ricorso al consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

Nè si dica che con ciò viene a estendersi la categoria dei così detti provvedimenti definitivi impliciti, contro la quale in questi ultimi anni tanto hanno insistito la giurisprudenza e la dottrina (17). A prescindere dalle acute considerazioni di recente

---

(16) E' per altro da prospettare l'ipotesi che il provvedimento in questione sia dall'interessato ritenuto invalido, oltre che a causa del vizio di un suo atto preparatorio, a causa di altri vizi di diversa natura. La soluzione qui si presenta intimamente collegata a quella del problema se in sede giurisdizionale siano deducibili dei motivi diversi da quelli dedotti in sede di ricorso gerarchico (sulla questione, v., anche per altri richiami, diffusamente, da ultimo, ZANOBINI *Corso*, cit., II ed., 1940, pag. 313 segg.) Qualora, in fatti, nei confronti di tale problema si intenda adottare la soluzione positiva — la quale, sia per l'autorità dei suoi sostenitori, sia per gli argomenti addotti in suo favore, pare la più attendibile —, potrà al cittadino dopo il fallimento in sede gerarchica degli altri argomenti da lui addotti contro il provvedimento, riconoscersi la possibilità di far sentire al Consiglio di Stato le proprie ragioni anche in ordine al vizio derivante dall'elemento preparatorio. Qualora invece si intenda accogliere la tesi negativa — la quale, sebbene riscuota i favori della giurisprudenza, mi pare meno attendibile —, non potrà venir formulata altra soluzione, che quella — la quale trova del resto frequenti riscontri nella prassi — di impiegare contro il provvedimento contemporaneamente due mezzi: quello gerarchico, in relazione ai vizi sindacabili in sede gerarchica, e quello giurisdizionale, in relazione ai vizi sottratti al sindacato gerarchico.

(17) Per ampi richiami critici sulla questione, v. M. S. GIANNINI, *Intorno agli atti amministrativi definitivi impliciti*, nella *Giur. it.*, 1940, III, col. 117 segg.

svolte in favore della sopravvivenza di tale categoria del nostro ordinamento (18), e dal rilievo — essenziale e assorbente — che qui ci si muove su un terreno il quale non è poi proprio quello dei così detti provvedimenti definitivi impliciti, resta sempre come fondamentale e dotato di forza pregnante l'argomento, secondo cui quella della quale qui si viene a contatto è una illazione insita in modo ineccepibile nei principi del sistema.

(18) Cfr. M. S. GIANNINI, *Intorno agli atti amministrativi*, cit., colonna 123 segg.

Sulla rappresentanza dello Stato in giudizio*

Pubblicato in

Giurisprudenza completa
della Corte Suprema di Cassazione
Sezioni Civili
Roma, 1947, pp. 168-174

* *Nota* a Cass., Sez. I, 17 luglio 1947 n. 1127, *ibid.*, p. 164;
le massime sono riportate alla pagina seguente

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE I: 17 LUGLIO 1947 N. 1127; PRES. BRIGANTE, EST. CHIEPPA, P. M. PITTIRUTI (CONF.); MESSINA C. SIGNORELLI.

Se la personalità dello Stato è unica, tuttavia per il raggiungimento dei suoi fini molteplici, il sistema delle nostre leggi riconosce a ciascuno dei dicasteri e delle amministrazioni autonome dello Stato una propria individualità giuridica, cioè, nella sfera delle sue attribuzioni, la capacità di amministrare, di contrattare, di compiere in genere atti e negozi giuridici (capacità giuridica); e quindi anche la capacità d'esser parte nei giudizi relativi (capacità d'essere soggetto di rapporti processuali).

In dipendenza del riconoscimento di questa capacità giuridica ad ogni ministero e amministrazione dello Stato, la legge designa l'organo che ha capacità di stare in giudizio, cioè di compiere atti processuali con effetti giuridici, per il ministero o amministrazione autonoma (capacità di agire in giudizio, legitimatio ad processum*).*

L'Avvocatura dello Stato invece è solo l'organo destinatario della consegna delle citazioni e nel giudizio esercita il jus postulandi, *cioè la rappresentanza e la difesa processuale, pari a quella di ogni procuratore ed avvocato.*

Pertanto se il giudizio fu istituito nei confronti di un organo che non ha la rappresentanza giudiziale dell'amministrazione dello Stato convenuta, la vocatio in jus, *anche se fatta mediante citazione notificata all'avvocatura dello Stato, è affetta da nullità insanabile, come quella che attiene al contenuto e alla sostanza dell'atto e non al modo della notificazione; e perciò il rapporto processuale non si costituisce validamente.*

La rappresentanza giudiziale del Fondo per il culto, anche dopo il RD 20.7.32 n. 884, che trasferì le attribuzioni relative agli affari di culto dal Ministero della Giustizia al Ministero dell'Interno, spetta all'intendenza di Finanza, e non al prefetto della provincia.

Sulla rappresentanza dello Stato in giudizio. — 1. - La sentenza annotata, ineccepibile per quanto riguarda la soluzione del caso deciso, suscita più di una perplessità in relazione alle formulazioni dogmatiche dalle quali prende le mosse.

Il parlare, come in essa si fa, di una « individualità giuridica », di una « capacità giuridica », di una « capacità di esser soggetto di rapporti processuali » di « ciascuno dei dicasteri e delle amministrazioni autonome », nonchè della « capacità di stare in giudizio » degli organi nei confronti dei quali le pronuncie giurisdizionali relative all'amministrazione vengono prese, appare, in fatti, piuttosto semplicistico, e non ispirato alla più corretta impostazione dogmatica.

Senza aver la pretesa di apportare nuovi contributi alla sistemazione della materia, non sarà per ciò fuori luogo riesaminare, in ordine alle conseguenze che se ne possono ricavare nei confronti del caso deciso, i principi dogmatici fondamentali che il nostro ordinamento consente di fissare in relazione all'organizzazione dell'amministrazione statale e alla sua rappresentanza e al suo patrocinio in giudizio.

2. - In questa sede, in relazione all'obbiettivo verso cui muovono le presenti osservazioni, non è necessario affrontare il complesso e arduo problema della relazione tra lo Stato in quanto *instaurator* e *servator juris* (e cioè dello Stato nell'esplicazione della sua connaturata funzione obbiettiva *super partes*), e lo Stato in quanto soggetto dell'ordinamento tendente alla realizzazione dei propri fini concreti al pari di tutti gli altri soggetti giuridici (su tale contrapposizione, cfr. partic. SEIDLER, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, 1929, 127; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo* [3], 1937, 2; *Principii di diritto costituzionale generale* [2], 1946, 309). Evitando quindi di prender posizione in ordine alla riconoscibilità allo Stato, nel diritto in-

terno, di una personalità unitaria, la quale si estenda non soltanto alla esplicazione della funzione amministrativa, ma anche a quella, dal punto di vista giuridico sopraordinata, della funzione legislativa e giurisdizionale (per indicazioni della dottrina in argomento, v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, 1940, 102 n. 13) — sarà sufficiente prendere le mosse dalla indiscutibile unitarietà della personalità dello Stato nell'esplicazione della funzione amministrativa.

Tale unitarietà risulta in modo inconfondibile dai testi positivi. Basti ricordare, a titolo di esempio, quelle norme del codice civile, che si riferiscono ai diritti reali dello Stato (art. 822 s.), nonchè quelle norme della legge sulla contabilità di Stato (RD 18.11.23 n. 2440), che disciplinano l'amministrazione dei beni e la conclusione dei contratti dello Stato (art. 1 s.; v. anche gli art. 1 s. del RD 23.5.24 n. 827), e quelle che regolano la sua contabilità generale (art. 22 s.; v. anche l'art. 13 del TU 12.7.34 n. 1214) — norme, le quali tutte fanno riferimento allo Stato e al suo patrimonio come a qualcosa di unitario e di inscindibile. E basti ancora richiamare alla mente quel principio fondamentale del nostro ordinamento, per cui una contrapposizione di interessi suscettibile di dar luogo a un conflitto giuridico, tra i diversi organi della amministrazione statale, non è ammissibile, fuori dei pochissimi casi, del tutto eccezionali (e giustificabili in base a ragioni di carattere particolare, le quali per ciò appunto non possono dar luogo a formulazioni di ordine generale: su tali casi, v. RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, 1937, 18 s.), in cui vi sia una espressa norma in tal senso (cfr. la dottrina di gran lunga dominante: FORTI, *Diritto amministrativo* [2], 1931 I 222; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione* [2], 1937, 205; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo* [5], 1946 II 46).

3. - Se però della personalità unitaria dell'amministrazione statale non può correttamente dubitarsi nel nostro ordinamento, sarebbe per altro un negare l'evidenza il disconoscere quanto degli interessi della persona statale si accentri in via propria ed esclusiva in ciascun organo.

La ripartizione delle competenze tra i vari organi dello Stato, alla quale, come è noto, viene pacificamente riconosciuto il carattere della inderogabilità (cfr., per tutti, ZANOBINI, *Corso* [4], cit., 1945 I 132), rappresenta, in vero, un principio altrettanto saldo del nostro diritto. Lo Stato può essere legittimamente espresso, nell'esplicazione di ciascuna delle sue attribuzioni, esclusivamente da quell'organo o da quel complesso di organi — e cioè da quella parte della sua organizzazione — cui la specifica attribuzione di cui si tratti sia devoluta (art. 26 TU Cons. di Stato).

Data la connaturale complessità della sua organizzazione, lo Stato, in fatti, non si presenta mai nei concreti rapporti del commercio giuridico in tutta la sua imponente unità: ma di volta in volta si rivela e opera esclusivamente a mezzo di quegli organi specifici cui sono demandate le singole funzioni di cui si tratta (in argomento, cfr., per tutti, DE VALLES, *Competenza e ufficio*, in *Studi di diritto pubblico in onore di* ORESTE RANELLETTI, 1931 I 328 s.).

4. - E anzi, a rendere la macchina dello Stato, dal punto di vista pratico, più snella, più rispondente alle diverse esigenze e più conforme alle diverse cognizioni tecniche necessarie in ordine ai vari problemi, e a renderla dal punto di vista giuridico costituzionale meglio snodata, particolarmente in ordine alla attribuzione e alla imputazione delle responsabilità relative alle varie attività, il nostro ordinamento — come in generale gli altri ordinamenti moderni — ripartisce le funzioni statali in via *esclusiva* e *definitiva*, in un certo numero di rami, unificandole in altrettanti *dicasteri*, i quali fanno capo a un'unica direzione, e rappresentano — salvo rare eccezioni (v. l'art. 1 del RD 14.11.01 n. 466, che determina gli oggetti da sottoporsi al consiglio dei ministri, oggetti i quali, per altro, per la più gran parte rivestono carattere politico) — la più comprensiva estrinsecazione sotto cui l'organismo statale si manifesti nei concreti rapporti della vita amministrativa (in argomento, v. diffusamente PORRINI,

I ministeri, in ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, s.d., I, partic. 561 s.; v. anche GAETA, *Ministeri e ministri*, NDigIt 1939 VIII 557 s.; ZANOBINI, *Corso* [3], cit. 1946 III 113 s.). In questi, infatti, lo Stato di massima non si rivela nella sua interezza, ma si rivela, di volta in volta, come amministrazione dell'interno, dei lavori pubblici, dell'industria e commercio, ecc.; e nell'esplicazione della sua azione non opera di massima — fatta eccezione di casi di maggiore importanza o solennità, e generalmente soltanto da un punto di vista meramente formale (cfr. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, ArGiur 03, XII 11 n. 1; *La posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenziale*, *Archivio di diritto pubblico* 37, 6 s.) — attraverso gli organi i quali esprimono l'organizzazione statale nella sua interezza (capo dello Stato, consiglio dei ministri): ma piuttosto attraverso quelli i quali esprimono l'una o l'altra branca dell'amministrazione stessa (ministeri).

La ripartizione primaria delle funzioni, in cui l'azione amministrativa dello Stato si risolve, si può dire cioè che individui di massima nei ministeri i più ampi e comprensivi centri di unificazione degli interessi statali. E' assai raro, infatti, incontrare dei casi in cui il centro di unificazione sia più ampio del ministero.

Questa posizione dei ministeri, come centri nei quali in via *esclusiva* e *definitiva* vengono istituzionalmente raggruppati — perchè attraverso i loro organi centrali e periferici il curino — i diversi interessi dello Stato, risulta in modo inequivocabile dal diritto positivo. Si consideri, a es., che, nel deferire ai singoli ministeri i vari rami dell'amministrazione statale, l'ordinamento assegna a essi, in modo esclusivo, anche l'amministrazione del patrimonio necessario ai propri fini (v. l'art. 1 del RD 18.11.23 n. 2440); che compete ai ministeri l'approvazione dei contratti dello Stato (art. 19 RD cit.); che le norme relative alle cause dello Stato non riferiscono la qualifica di parte in causa allo Stato nella sua interezza, ma alle singole «Amministrazioni dello Stato» (v. il RD 25.6.25 n. 2361, il TU 30.10.33 n. 1611, il RD 30.10.33 n. 1612); che, tranne casi eccezionali e straordinari, i quali appunto per ciò non possono valere nella formulazione del sistema, la gerarchia dei singoli rami dell'amministrazione fa capo come al suo organo supremo e definitivo al ministro (art. 5, ultimo comma, TU com. e prov.).

5. - Ciò non significa — si noti bene — che i ministeri abbiano personalità giuridica (cfr. diffusamente PORRINI, *I ministeri* cit., 564 s.). Come la qualifica di persona giuridica non può esser riconosciuta a un qualsiasi organo, e cioè a qualsiasi ufficio dello Stato (per ampie indicazioni, cfr. SANDULLI, *Il procedimento* cit., 105 s. n. 24), così essa non può esserlo neanche a questo più vistoso raggruppamento di interessi e di attribuzioni. Una volta postulata, infatti, la unitarietà della persona giuridica statale, ai ministeri, parte, sia pure preminente, dell'organizzazione statale, non può esser riconosciuta altra qualifica, che quella di organi, sia pure complessi, in quanto risultanti a loro volta dalla coordinazione di altri organi. Nell'operare, infatti, essi non fanno che esprimere la persona giuridica statale.

Non di meno il ministero (o comunque il ramo dell'amministrazione), e l'organo attraverso il quale esso si esprime (sia il ministro, sia un organo inferiore centrale o locale, e provveda o non provveda in via definitiva), in quanto organo competente, è a ogni modo il centro di riferimento inderogabile, e cioè il portatore *esclusivo* degli interessi dello Stato in ordine alla specifica funzione di cui si tratti, e quindi — per quanto non ne sia titolare *in suo* — l'unico qualificato a esprimere, in relazione a essa, l'ente (su tali concetti, cfr. SANDULLI, *Il procedimento* cit., 107 s.).

Dunque il ministero — come del resto ogni organo di un ente giuridico (e non è qui il caso di fermarsi ad analizzare il concetto e la natura dell'organo, problemi di fronte alle cui difficoltà spesso, e anche autorevolmente, la dottrina si è vista costretta a far ricorso alla ibrida figura della quasi soggettività o semisoggettività:

cfr. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, 1931 I 117 s.; WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, 1934 II 248 s.; CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, ArGiu 38, 106 s.; FODERARO, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato;* ma v. già PORRINI, *I ministeri* cit., 562, 564 e *passim*) — va considerato come il centro di legittimazione degli interessi devoluti alla sua competenza.

6. - Quindi appare inesatto a tal proposito rifarsi — come fa l'annotata sentenza — al concetto di capacità.

Se la capacità è un attributo essenziale, esclusivo e indivisibile del soggetto giuridico in quanto tale (cfr., per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*[2], 1945 I 8), e se l'organo non è che una parte costitutiva del soggetto (cfr. per tutti DE VALLES, *Competenza* cit., 327), mal verrebbe il concetto di capacità riferito al ministero come tale. La capacità è del soggetto e non dell'organo; la competenza è dell'organo. L'organo, come centro di riferimento di determinati interessi dell'ente, i quali in esso appunto trovano la loro espressione — vale a dire come quella parte dell'ente in cui si concentrano determinati interessi — non può invece esser concepito che come il punto di riferimento della titolarità di quegli interessi, e quindi dell'azione a essi relativa. Niente altro che questo significa il dire che l'ente, in relazione a quegli interessi, può essere espresso soltanto da un dato organo e non da altri.

7. - Fin qui il ministero è stato considerato, per così dire, nel suo aspetto *statico*: ci si è, infatti, limitati a prendere in esame quale sia la sua posizione giuridica in conseguenza del suo esser *centro di riferimento* di un certo gruppo di interessi dell'ente a esso deferiti in via esclusiva. E' ora necessario passare a considerarlo nel suo aspetto *dinamico*, vale a dire nell'*esercizio* delle funzioni a esso demandate. Si passa così dal terreno sul quale gli attributi soggettivi che vengono in considerazione sono la capacità giuridica e la titolarità di situazioni giuridiche, a quello sul quale l'attributo che viene in rilievo è la capacità di agire.

Quando si fa riferimento alla capacità di agire di una persona giuridica — di un ente cioè il quale non può vivere se non avvalendosi dell'opera tolta a prestito, mediante una imputazione fittizia, da soggetti fisici — la mente corre immediatamente e inevitabilmente agli individui i quali operano per l'ente, e cioè agli agenti i quali appaiono investiti dell'ufficio, vale a dire dell'organo cui la specifica competenza sia attribuita. Il problema degli agenti è indissolubilmente legato all'aspetto dinamico della persona giuridica (su di esso, v. ampiamente DE VALLES, *Teoria giuridica* cit., 1936 II 1 s.).

Se l'organo, e cioè l'ufficio, è il centro delle funzioni inerenti a una certa competenza, ed è quindi il punto di legittimazione di tali funzioni (aspetto statico), il titolare dell'ufficio, a esso legato da quella relazione *sui generis* che si suol designare col nome di rapporto organico (sul quale v. da ultimo MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, 1945 I 93 s.), è colui al quale esclusivamente va riconosciuta la rappresentanza dell'organo, e cioè l'esercizio dei poteri dell'ente inerenti alle funzioni a tale organo devolute (aspetto dinamico). Cioè esso è l'unico qualificato a custodire, interpretare ed esprimere gli interessi dell'ente che in quell'organo si concentrano.

Si può dunque forse correttamente dire che l'esclusivo portatore della capacità giuridica dell'ente è l'ente stesso nella sua unità; l'organo è l'esclusivo portatore degli interessi dell'ente inerenti alla propria competenza; e l'agente preposto all'organo è l'esclusivo portatore dei poteri inerenti alle funzioni dell'organo, e quindi l'unico qualificato a esprimere l'ente nell'esplicazione delle funzioni proprie dell'organo cui è preposto.

8. - Ne discende, come immediato corollario — e ciò è quanto preme sottolineare ai fini del problema da cui hanno preso le mosse le presenti fugaci osservazioni — che il soggetto investito dell'ufficio è l'unico qualificato a rappresentare l'ente in giu-

dizio, sia come attore che come convenuto —, sempre però che si tratti di un giudizio relativo a materia per la quale egli possa esser considerato legittimo rappresentante dell'ente, sempre cioè che la materia inerisca alla funzione propria dell'organo al quale, mediante legittima investitura, egli sia stato preposto.

Appunto a costui fanno riferimento gli art. 75 comma 3 e 163 n. 2 CPC, nonchè, più specificatamente, l'art. 9 RD 25.6.65 n. 2361. Cioè soltanto costui è il qualificato, sia attivamente che passivamente, alla *vocatio in jus*.

Ma ciò non può naturalmente significare che il legittimato al processo sia lui e non l'amministrazione: e non può significarlo per il semplice fatto che, in quanto preposto all'ufficio, e stretto all'ente dal così detto rapporto organico — rapporto il quale, se non implica, come pure è stato affermato (cfr. ZANOBINI, *Corso* cit., I 127; *contra*, MIELE, *Principi* cit., I 95 s.), una relazione di immedesimazione, è tuttavia assai vicino a una relazione del genere — egli opera imputando in modo diretto e immediato all'ente la sua azione, quasi che fosse egli stesso un elemento costitutivo della persona reale dell'ente (su) concetto della persona reale degli enti giuridici, v. DONATI, *La persona reale dello Stato*, RDPub 21 I 1 s.).

Dunque il legittimato al processo non potrà essere che l'ente, specificamente espresso dall'organo la cui funzione venga in considerazione. E l'agente preposto all'ufficio non potrà esser considerato che come il mezzo esteriore — l'unico possibile e consentito dalla natura delle istituzioni — attraverso cui l'ente può e deve, nello specifico campo d'azione di cui si tratta, estrinsecarsi.

9. - Altra cosa, rispetto alla rappresentanza in giudizio dell'amministrazione dello Stato, cui si riferiscono gli art. 75 comma 3 e 163 n. 2 CPC, e più espressamente l'art. 9 RD 25.6.65 n. 2361 — la quale presuppone, come si è visto, la qualificazione ai rapporti sostanziali che vengano in questione, e per ciò appunto opera in ordine alla *vocatio in jus*, sia attiva che passiva — è la rappresentanza in giudizio, cui si riferisce il TU 30.10.33 n. 1611 sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato. Quest'ultima, infatti, non è altro che quella del patrocinio legale, e cioè non attiene che allo *jus postulandi*, cui si riferiscono gli art. 82 s. CPC. Essa dunque non implica alcuna diretta relazione dell'investito della rappresentanza col rapporto sostanziale, e quindi alcuna facoltà di disposizione di lui in confronto a tale rapporto.

Nè può far sorgere alcuna perplessità in argomento la circostanza che l'art. 11 TU 30.10.33 n. 1611 stabilisce che gli atti giudiziari «devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato». La stessa norma, infatti, espressamente dispone che la notificazione va fatta nella persona che dell'amministrazione ha la rappresentanza secondo le norme organiche. Essa cioè tiene nettamente distinta la posizione dell'agente investito dell'esercizio delle attribuzioni di *dominus* del rapporto (la quale è quella cui si riferisce l'art. 9 RD 25.6.65 n. 2361) da quella dell'agente investito semplicemente dell'esercizio del patrocinio legale. E nulla può valere in contrario la circostanza che in base a essa il luogo della notificazione non sia la sede dell'ufficio del primo, ma quella dell'ufficio del secondo. Ciò inerisce unicamente al fatto che, a differenza che per gli altri destinatari di atti giudiziari, per l'amministrazione dello Stato è già esattamente conosciuto, per essere costituito in pubblico ufficio, l'investito della qualità di patrocinatore legale.

10. - Dunque, tanto la citazione della pubblica amministrazione, quanto la notificazione della citazione, vanno fatte in persona del titolare dell'ufficio qualificato in relazione al rapporto sostanziale. L'avvocatura dello Stato non è dall'art. 11 TU 30.10.33 n. 1611 chiamata a esplicare altra funzione, che quella di domiciliatario ai sensi dell'art. 141 CPC.

Quid allora se nell'uno o nell'altro dei due atti, pur essendo la notificazione regolarmente intervenuta nella sede dell'avvocatura dello Stato competente a riceverla,

sia stata omessa l'indicazione dell'autorità convenuta, o sia stata indicata un'autorità diversa da quella competente?

In caso di omissione, di fronte alle esplicite disposizioni degli art. 164 e 160 CPC non può sorgere alcun dubbio circa la nullità dell'atto. E' da osservare tuttavia che qualora l'omissione sia avvenuta soltanto nella notificazione, e la citazione contenga invece l'indicazione dell'autorità convenuta, mancando per ciò stesso quella incertezza circa il destinatario dell'atto, cui fa riferimento l'art. 160 CPC, la nullità vien meno.

In caso poi di citazione di una autorità diversa da quella competente, dato il principio della inderogabilità delle competenze in diritto amministrativo, la domanda non potrà naturalmente avere alcun valore nei confronti dell'autorità che avrebbe dovuto esser citata (e tale era appunto il caso risolto dalla sentenza annotata). E altrettanto deve ritenersi nei confronti della notificazione, pur nell'ipotesi in cui la citazione fosse pienamente corretta: in un caso di tal genere, si avrebbe, infatti, nel contrasto fra i due atti, almeno quella «incertezza assoluta sulla persona», dalla quale l'art. 160 CPC fa discendere la nullità dell'atto di notifica.

11. - Sarà tuttavia, nei casi considerati, data la possibilità di sanare i difetti segnalati?

Di fronte al disposto dell'ultimo comma dell'art. 164 e dell'ultimo comma dell'art. 156 CPC, a me pare che, tanto nell'ipotesi di omissione, quanto nell'ipotesi di erronea indicazione dell'autorità competente, quando l'avvocatura di Stato si sia costituita in giudizio in nome dell'amministrazione qualificata, il difetto dovrebbe sempre esser considerato definitivamente sanato.

Per ciò non riesco a spiegarmi l'affermazione, contenuta nella sentenza annotata, secondo cui, nel caso in questione, in cui era stata citata un'autorità diversa da quella qualificata, il vizio sarebbe insanabile.

Sulla base della considerazione che in una ipotesi del genere, più che di una nullità della citazione, si tratterebbe di una domanda infondata, per la carenza nell'autorità convenuta della qualità di legittimato passivo (si noti che l'art. 164 CPC configura come casi di nullità della citazione soltanto quelli in cui uno dei requisiti richiesti a pena di nullità sia stato omesso o sia incerto in modo assoluto, mentre nel caso in esame non ricorre nè una omissione nè una incertezza), si potrebbe invero esser tentati di invocare l'inapplicabilità alla specie della disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 164 CPC. Non coincidendo quindi il convenuto col legittimato, la costituzione del legittimato, non essendo la «costituzione del» convenuto prevista dall'art. 164, 2° c., non può sanare il difetto.

Tuttavia non può esser trascurato il fatto che il difetto di un atto introduttivo, il quale, nel chiamare in giudizio un ente, abbia citato un'autorità dell'ente diversa da quella che avrebbe dovuto, non può essere equiparato a quello di un atto il quale abbia chiamato in giudizio un soggetto invece di un altro. E' stato più sopra posto in evidenza che il titolare dei rapporti e delle situazioni giuridiche che si concentrano negli organi, e in relazione ai quali operano gli agenti qualificati, è pur sempre l'ente (n. 8). E quindi la domanda avanzata nei confronti di un'autorità dello Stato diversa da quella competente non può esser considerata come infondata per carenza di legittimazione passiva. Essa sarà piuttosto semplicemente inficiata da un difetto di natura formale (cfr. MICHELI, in questa *Rivista* XVII 34). E questo, come «ogni vizio della citazione», sarà, ai sensi del comma 2 dell'art. 164 CPC, in conformità del principio generale sancito nell'ultimo comma dell'art. 156, sanato dalla costituzione, a mezzo dell'avvocatura di Stato, dell'autorità effettivamente competente (cfr. Trib. Torino 16.1.47, FI 47 I 869, sentenza la quale, appoggiandosi alla migliore dottrina — MICHELI, *op. cit.*, 31; CHIARELLI, FI 47 I 201 — prende deciso atteggiamento contro quell'orientamento della Cassazione che è contrario alla sanabilità della nullità delle notifiche eseguite all'avvocatura di Stato in difformità dell'art. 11 TU 30.10.33 n. 1611: sent. 23.5.47, MassFI 47, 183; 31.7.46, FI 47 I 201; 15.3.45 RepFI 43-45, v. *Cassazione*

civile 500; 5.2.45, ivi, voce cit. 503; 28.5.43, ivi, v. *Amministrazione dello stato* 35; *contra* Cass. Brescia, 16.2.45, ivi v. *Cassazione civile* 507; 8.1.45, ivi, voce cit. 506).

Mi pare per ciò criticabile l'affermazione contenuta nella sentenza annotata, secondo la quale nella specie esaminata ricorrerebbe un caso di nullità insanabile della citazione. Perchè, delle due l'una. O — come mi pare da escludere — si ritiene che alla citazione di una autorità incompetente inerisca un difetto di legittimazione passiva: e allora non è a parlare di nullità della citazione, ma di infondatezza della domanda. O si ritiene che a essa inerisca un semplice vizio formale: e allora non v'è ragione di non applicare il comma 2 dell'art. 164 CPC.

Sul valore processuale della notifica del decreto di fissazione di udienza innanzi alla Giunta Provinciale Amministrativa*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana***
Torino, 1949, III, 2, col. 89-91

* *Nota* a Giunta provinciale amministrativa di Caserta 5 marzo 1949, *ibid.*, col. 89;
la massima è riportata alla pagina seguente
** Estratto con paginatura autonoma

GIUNTA PROVINCIALE AMMINISTRATIVA DI CASERTA: 5 MARZO 1949; PRES. FARINA, EST. DINACCI; TESTA E CARBONE (AVV.TI G. E A. FRAGOLA) C. COMUNE DI RUVIANO (AVV. DELLA MORTE).

La omessa notifica ai resistenti a opera del ricorrente alla G. P. A. del decreto di fissazione di udienza almeno dieci giorni prima dell'udienza stessa non importa la decadenza dal ricorso.

Il 2° comma dell'art. 12 del T. U. sulla G. P. A. in sede giurisdizionale — il quale esige che il decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di trattazione venga almeno dieci giorni prima dell'udienza stessa notificato all'autorità che abbia emanato l'atto impugnato e alle parti — è stato senza contrasto considerato, sia in giurisprudenza che in dottrina, come contenente un onere processuale a carico del ricorrente, da adempiere in termini a pena di decadenza (cfr. particolarmente la decisione del Consiglio di Stato, V Sezione, 12 aprile 1930, in *Foro amm.*, 1930, I, 2, 151, nonchè, in dottrina, BORSI, *La giustizia amministrativa*, 7ª ed., Padova, 1941, 377; in proposito lo ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 6ª ed., Milano, 1948, nota 163 a pag. 245, e il GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 2ª ed., Padova, 1943, 214 e segg., si limitano — senza prender posizione, e quindi senza contrastarlo — a riferire l'orientamento giurisprudenziale).

Tale rigore interpretativo ha trovato tuttavia una attenuazione nel riconoscimento che la comparizione dei resistenti varrebbe, in caso di omissione o di irregolarità della notifica del decreto presidenziale, a escludere la decadenza (Consiglio di Stato, V Sezione, 26 ottobre 1936, in *Foro amm.*, 1937, I, 2, 58; vedi anche V Sezione, 14 maggio 1948, *ivi*, 1948, I, 2, 294): e ciò in considerazione del fatto che, non ostante ogni difetto inerente alla notifica, la presenza in udienza dei resistenti varrebbe a dimostrare la loro conoscenza del decreto di fissazione dell'udienza, e che quindi l'obbiettivo in funzione del quale la notifica era voluta dal legislatore sarebbe da considerare conseguito (cfr. art. 19, ult. comma, reg. di proc. innanzi alla G. P. A., 17 agosto 1907, n. 643; art. 156, ult. comma, codice di proc. civile).

Rispetto a tali conclusioni, fin qui accolte senza contrasto, la decisione annotata fa un notevole passo avanti. Essa, infatti, conclude nel senso che, pur nell'ipotesi in cui non sia stato notificato ai resistenti il decreto di fissazione d'udienza, e i resistenti non siano intervenuti all'udienza in esso stabilita, qualora la trattazione della causa sia stata differita ad altra udienza, e di questa

i resistenti abbiano ricevuto notifica nei termini di cui alla norma in questione, non si determinerebbe alcuna decadenza.

Una tale soluzione ha contro di sè l'autorità del BORSI, loc. cit., il quale la contrasta sulla considerazione che, essendo il rinvio discrezionale, si ridurrebbe per tal modo a una facoltà del presidente il far valere o non una decadenza stabilita per legge.

Sembra tuttavia che l'obbiezione sia fallace proprio perchè sul valore processuale dell'adempimento imposto al ricorrente dalla norma in questione son mancate finora, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, idee ben chiare, e va rifiutata proprio l'opinione secondo cui esso sarebbe prescritto a pena di decadenza.

La conclusione formulata nella decisione annotata appare sul punto ben fondata: e trova sufficiente base nel principio generale di diritto processuale — oggi sancito espressamente nell'art. 152 codice proc. civile — secondo cui in mancanza di manifeste disposizioni contrarie i termini processuali non possono esser considerati perentori. E giustamente la decisione pone in evidenza ai fini esegetici la netta diversità tra il 1° comma dell'art. 12 citato, nel quale, richiedendosi un adempimento con carattere di perentorietà, espressamente si commina, in caso di difetto, la decadenza della parte onerata, e il 2° comma, che qui interessa, nel quale proprio la mancanza di qualsiasi comminatoria di decadenza rende manifesto il carattere non perentorio dell'adempimento.

In effetti, nella economia del processo innanzi alla G. P. A. la funzione della notifica del decreto di fissazione d'udienza, richiesta dal 2° comma dell'art. 12 del T. U., è ben altra che quella di un adempimento prescritto sotto pena di decadenza. Tale notifica, infatti — lungi dall'avere alla propria base quel preteso « interesse pubblico alla sollecita risoluzione dei ricorsi », che vorrebbe vedervi il BORSI, loc. cit. — è prescritta soltanto nell'interesse dei resistenti: e la sua funzione consiste semplicemente nell'impedire che il ricorso possa esser discusso senza che essi abbiano avuto, entro un termine adeguato, notizia della trattazione della causa, al fine di esser pronti alla difesa.

Si tratta cioè semplicemente di un onere processuale, senza l'adempimento del quale il ricorrente non potrà legittimamente ottenere che il ricorso venga trattato. Ed esso si inquadra logicamente nel sistema della procedura innanzi alla G. P. A., fondata tutta sull'impulso del ricorrente, e implicante necessariamente l'onere a suo carico di realizzare gli adempimenti atti a mettere in condizione le altre parti di difendersi adeguatamente.

Sia nell'ipotesi che la notifica del decreto di fissazione d'udienza sia mancata, sia nell'ipotesi che essa sia avvenuta meno di dieci giorni prima dell'udienza di discussione, la causa dunque non potrà venir legittimamente trattata, a meno che le parti resistenti, comparse all'udienza, non omettano di far valere la facoltà (correlativa all'onere del ricorrente, e posta a loro vantaggio) che la trattazione non abbia luogo in quell'udienza (cfr. art. 57, 1° comma, codice proc. civile 1865; art. 157, 2° comma, codice proc. civile

vigente). Ma questa, e nessun'altra — e quindi nessuna decadenza — sarà la sola conseguenza dell'inadempimento o dell'inadeguato adempimento dell'onere imposto dalla norma in questione.

Quindi, qualora la notificazione non abbia avuto luogo, il giudice non avrà il potere di pronunciare la decadenza del ricorrente dal ricorso; ma avrà soltanto il dovere di non far luogo alla trattazione della causa, per non essersi realizzati i presupposti processuali a tal fine prescritti dalla legge: e quindi la rinvierà, e, qualora lo stesso ricorrente non sia comparso all'udienza, farà applicazione dell'art. 309 codice proc. civile. Qualora invece la notifica abbia avuto luogo, ma fuori termine, il giudice potrà far luogo alla trattazione soltanto ove i resistenti non si oppongano. In entrambi i casi, qualora riconosca di non poter legittimamente far luogo alla trattazione della causa, egli non potrà che differirla ad altra udienza (lontana in ogni modo non meno di dieci giorni dall'avvenuta notificazione). E in tale evenienza, nella prima delle due ipotesi considerate, in cui i resistenti non ebbero alcuna notizia dell'udienza in cui tale provvedimento fu preso, incomberà al ricorrente l'onere di notificare a essi il nuovo provvedimento di fissazione di udienza.

Ben pare corretta dunque, sul punto, la decisione annotata, dato che nella specie portata al suo esame il comune resistente, cui non era stato notificato il decreto di fissazione della prima udienza, aveva ricevuto in termini la notifica del provvedimento che fissava la nuova udienza.

Sull'ammissibilità della sospensione del procedimento civile in pendenza di ricorsi amministrativi*

Pubblicato in

Il Foro Padano
Milano, 1950, I, col. 1071-1074

* *Nota* a Tribunale di Milano 22 maggio 1950, *ibid.*, col. 1072; la massima è riportata alla pagina seguente

TRIBUNALE DI MILANO: 22 MAGGIO 1950; PRES. RUSSO, EST. DONATI; ISTITUTI OSPITALIERI DI MILANO (AVV. VIZZARDELLI) - SOC. BREDA (AVV. GRAZIANI) C. I.N.A. (AVV.TI CECCOPINI, MOLLE, DENDIN).

Ai fini della sospensione del procedimento per pendenza di una controversia civile o amministrativa, influente sulla decisione della causa, è ammissibile la sospensione anche se la controversia pendente riguarda un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

I. Che l'ordinamento repubblicano e la nuova costituzione non abbian fatto venir meno l'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato, e che quindi oggi debba ritenersi ammissibile un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, è questione la quale non pare possa fondatamente esser recata in dubbio (SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. it.* 1950, IV, 89 segg.). Su questo punto ha dunque esattamente pronunciato l'ordinanza annotata.

Se però l'istituto ha potuto conservarsi nel regime repubblicano, ciò è proprio in quanto esso aveva ormai perduto — fin dalla instaurazione del regime costituzionale nello Stato sabaudo (e cioè da oltre un secolo) — il carattere di mezzo di « giustizia ritenuta », trasformandosi — sia pure con quella particolare fisionomia di rimedio *extra ordinem* che gli è propria — in mezzo di natura amministrativa. Questa natura risulta chiaramente riconosciuta fin dalla relazione governativa alla legge 30 ottobre 1859 n. 3707 sul Consiglio di Stato; e del resto risulta inequivocabilmente da testi legislativi di antica data, a cominciare dall'art. 42 della legge 17 luglio 1890 n. 6972, nella quale il ricorso straordinario veniva designato come « ricorso al Re in sede amministrativa » (cfr. SANDULLI, *op. cit.*, 90 sg.).

L'aver considerato tale mezzo come avente natura giurisdizionale, o quasi, rappresenta dunque una inesattezza storico-dogmatica della pronuncia annotata. La quale si è avvalsa — per giustificare la sua tesi — di argomentazioni non certo sufficienti. L'insindacabilità in sede giurisdizionale del contenuto del decreto che pronuncia sul ricorso straordinario in materia di interessi legittimi, lungi dal discendere dalla natura giurisdizionale (o quasi) del rimedio, inerisce infatti al carattere di mezzo alternativo che il ricorso straordinario ha rispetto a quello al Consiglio di Stato. E l'ammissibilità della revocazione dello stesso decreto, lungi dall'avere anch'essa giustificazione nella natura giurisdizionale (o quasi) del ricorso in questione, ha base

nella dimostrazione della non incompatibilità del rimedio della revocazione nei riguardi di decisioni di ricorsi amministrativi (v. segnatamente FORTI, *La revocazione nei ricorsi amministrativi*, 1908, in *Studi di diritto pubblico*, II, Roma 1937, 149 segg., e da ultimo ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 6ª ed., Milano 1948, 86).

II. Se mai dunque la pronuncia annotata avrebbe dovuto orientare la propria indagine verso la ricerca della ammissibilità di una estensione della sospensione del procedimento civile, prevista dall'art. 295 c. p. c., anche ai casi di pendenza di ricorsi amministrativi. E l'indagine in tale direzione non avrebbe dato esito negativo.

È vero che la norma in questione si riferisce ai casi in cui un *giudice* debba risolvere una controversia civile o amministrativa, e che presso i processualisti non è dato trovare riferimento all'applicabilità della norma anche ai casi di pendenza di ricorsi amministrativi [v., p. es., ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, 4ª ed., rist., Milano 1948, 121; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, 3ª ed., Napoli 1945, 238 sg.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1947, 414 sg.; nel senso che si tratti di norma di stretta applicazione. v. Corte app. Napoli, 3 maggio 1945, in *Dir. e giur.*, 1945, 35): da parte di qualche autorevole processualista (formalizzatosi sul titolo dell'art. 295, che parla di « sospensione necessaria ») si è anzi addirittura giunti — con illazione che pare eccessiva — a escludere che la norma possa trovare applicazione fuori dei casi in cui altre disposizioni (come, p. es., l'art. 3 c. p. p. e gli art. 318 e 355 c. p. c.) espressamente prevedano una sospensione del procedimento (SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova 1948, 249 sg.; la giurisprudenza della Cassazione è però costante nel senso che sia rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito il sospendere, anche in mancanza di espresse disposizioni di legge, il corso del giudizio sino all'esito di un altro giudizio ritenuto influente su quello in cui debba giudicare: v. la « massima consolidata » n. 70, nel Massimario di questa rivista, 1949].

Occorre tuttavia considerare che l'intento della disposizione fu quello di consentire la sospensione del procedimento ogni qual volta sulla decisione del giudizio potesse incidere la soluzione di una controversia sottratta alla competenza del giudice decidente.

Ora, all'epoca in cui il vigente codice di procedura civile venne emanato, e successivamente ancora per diversi anni (fin quando non entrò in funzione l'art 113 Cost.), molte erano le controversie le quali venivano decise in

modo definitivo in sede amministrativa, essendo sottratte in modo assoluto a qualsiasi autorità giurisdizionale. Sarebbe stata veramente una inconcepibile illogicità quella del legislatore, ove egli non avesse voluto l'applicazione della disposizione anche in tali casi. Evidentemente, egli *minus dixit quam voluit* (la sentenza della Cassazione 29 giugno 1945, n. 484, in *Foro ital.*, Rep. 1945, voce Procedimento civile, n. 239, ritenne che il giudice civile dovesse sospendere il processo in attesa del giudizio tecnico del genio civile richiesto dal d. l. 22 novembre 1937 n. 2105, e sottratto al magistrato).

III. Oggi, essendo in vigore l'art. 113 Cost., non possono più darsi casi del genere. Il problema pare tuttavia da risolvere nel medesimo senso.

Dove infatti la legge prevede la *necessità* di un ricorso amministrativo ordinario (opposizione, ricorso gerarchico), questo non può essere se non il presupposto indispensabile dell'esercizio del rimedio giurisdizionale. Sembra quindi evidente che in casi di tal genere — dato che la controversia è destinata a esser risolta da un *giudice* — l'ammettere la sospensione in pendenza del ricorso amministrativo non contraddica non solo con lo spirito, ma neanche con la lettera dell'art. 295 c. p. c. (non così nel caso in cui, anzi che di un ricorso amministrativo si tratti di una semplice denuncia: Cass., 16 agosto 1948, n. 1497, in *Settimana della Cassazione*, 1948, 249).

La questione rimane aperta soltanto in relazione al ricorso straordinario, dato che la decisione di questo non rappresenta il presupposto di un procedimento giurisdizionale. Ma qui, a dar ragione di una soluzione non dissimile, sovviene la funzione propria di tale mezzo, che è quella di rimedio rivolto — nella materia degli interessi legittimi, cui qui si ha riguardo (in quella dei diritti la questione non sorge, dato che lì il ricorso straordinario è un mezzo puramente facoltativo e non alternativo) — a suscitare un provvedimento destinato a fare stato in modo immutabile, proprio come i provvedimenti giudiziari.

Occorre tener presente che l'interessato ha un vero e proprio diritto di scelta tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario — rimedi rivolti, sia l'uno che l'altro, a suscitare un provvedimento destinato a far stato in una materia sottrata al giudice civile. L'escludere nell'uno dei due casi la sospensione del procedimento civile prevista per l'altro si risolverebbe in una inspiegabile attenuazione di quella equiparazione che il legislatore intese instaurare tra i due rimedi, configurandone l'alternatività; e, d'altra

parte, darebbe luogo nella pratica a quei gravi contrasti di pronunciati, che con l'art. 295 c. p. c. il legislatore intese prevenire ed evitare.

Del resto è da ricordare che è stata propria la segnalata affinità *funzionale* di esso coi provvedimenti giurisdizionali, a consentire l'estensione dell'istituto della revocazione al decreto che decide del ricorso straordinario.

In tema di eccesso di potere del giudice amministrativo e di poteri della Corte di Cassazione*

Pubblicato in

Il Foro Amministrativo
Milano, 1951, II, 1, col. 173-174

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 22 giugno 1951 n. 1677, *ibid.*, col. 172; la massima che interessa è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 22 GIUGNO 1951 N. 1677; PRES. PELLEGRINI, EST. LORIZIO, P. M. MACALUSO (CONF.); ASTORI (AVV. D'AUDINO) C. REPOSSI (AVV. LODI).

Il Consiglio di Stato, in sede di legittimità, è giurisdizione di annullamento e non di riforma dell'atto o provvedimento impugnato. Ciononostante se ometta di rinviare gli atti all'Amministrazione e dichiari la riforma dell'atto impugnato e la esclusione di un concorrente dal concorso non eccede dai suoi poteri, potendo l'Amministrazione considerare come non scritta la suddetta frase.

La soluzione non sembra corretta.

È vero che il Consiglio di Stato, per prassi, suole, in occasione delle proprie pronuncie di annullamento, dichiarare sovente anche quali conseguenze ne discendano, e quali siano pertanto gli obblighi dell'Amministrazione e i diritti del ricorrente. Ed è vero che la Corte di Cassazione ha ritenuto che nel far ciò l'Alto Consesso amministrativo non ecceda dai suoi poteri, rivestendo le dichiarazioni in esame il carattere di pure e semplici enunciazioni destinate a integrare la dichiarazione della illegittimità del provvedimento impugnato, e a illuminare l'Amministrazione tenuta all'esecuzione del giudicato (Sez. un. 30 luglio 1947 n. 1292, con nota di SANDULLI, favorevole su questo punto, in *Giur. Cass. civ.*, 1947. XXVI, 299).

Diverso era però il caso nella specie decisa dalla sentenza che si annota. Il Consiglio di Stato non si era infatti limitato a enunciare gli obblighi dell'Amministrazione conseguenziali alla pronuncia di annullamento, ma nell'accogliere il ricorso aveva esso stesso addirittura «riformato» gli atti invalidati in via derivata dalla sua pronuncia di annullamento, con ciò invadendo palesamente la sfera d'azione gelosamente riservata dal nostro ordinamento all'Amministrazione. Il che è da ritenere inammissibile. Tanto inammissibile che il Supremo Collegio non ha trovato di meglio per escludere che nella specie il Consiglio di Stato fosse incorso in eccesso di potere, se non l'affermazione — per nulla decisiva — che la frase relativa alla «riforma» del provvedimento impugnato sarebbe stata introdotta nel dispositivo della decisione *per mera svista*. Per svista o non il dispositivo della decisione veniva a invadere la sfera d'azione dell'Amministrazione — alla quale soltanto il nostro diritto riconosce il potere di porre in essere i provvedimenti destinati ad attuare i giudicati amministra-

tivi (art. 45 t. u. Consiglio di Stato). Di conseguenza il giudice dei conflitti avrebbe dovuto cassare (quindi con operatività *ex nunc*) la parte della decisione impugnata che aveva invaso la sfera d'azione dell'Amministrazione, lasciando in tal modo a quest'ultima il potere di adottare i provvedimenti conseguenziali alla pronuncia di annullamento, destinata a rimanere in vita.

La Corte regolatrice è invece pervenuta praticamente a una conclusione non dissimile — salvo che nel momento della operatività (*ex tunc* anzi che *ex nunc*) — per una via non giusta. Ritenuto che lo straripamento del Consiglio di Stato dal suo campo di azione fosse dovuto a «una mera svista», ha proceduto a una correzione autoritativa (e meglio, nelle sue intenzioni, a una *interpretazione* autoritativa, come tale operante *ex tunc*) della decisione di tale consesso, *dettando* all'Amministrazione — proprio come il codice di procedura l'autorizza a fare nei confronti dei giudici di merito (art. 384) — il principio di diritto al quale *uniformarsi*. E' chiaro che essa in tal modo ha decampato dalla sua funzione di giudice dei conflitti e ha esorbitato dai poteri riconoscibile in tale sede.

Osservazioni in tema di revocabilità di decisioni di ricorsi amministrativi (a proposito della Commissione per le revindiche presso l'ARAR)*

Pubblicato in

Giurisprudenza Italiana
Torino, 1951, IV, col. 105-112

* *Osservazioni* a commento della sentenza del Tribunale di Milano 11 gennaio 1951, pubblicata in *Giurisprudenza Italiana* 1951, I, 2, col. 139;
le massime sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI MILANO: 11 GENNAIO 1951; PRES. GHIRARDI, EST. USAI; SOC. FRATELLI BORLETTI (AVV. CECCON) C. AZIENDA RILIEVO ALIENAZIONE RESIDUATI A.R.A.R. (AVV. DELLO STATO CARAVITA).

Ha carattere giurisdizionale la Commissione per le rivendiche istituita presso l'A.R.A.R. con D. L. 28 febbraio 1947, n. 119; sono di conseguenza irrevocabili le sue decisioni.

Contro tali decisioni non è ammessa revocazione, non costituendo quest'ultima rimedio generale contro tutte le decisioni giurisprudenziali, bensì mezzo di gravame esperibile solo dove espressamente disciplinato.

È irrevocabile il provvedimento amministrativo che contenga il riconoscimento d'un diritto privato.

È del pari irrevocabile, nonostante la generale revocabilità degli atti amministrativi, la decisione pronunciata su ricorso gerarchico improprio ad organo sfornito d'attribuzioni d'amministrazione attiva.

1. Il caos della guerra e del dopoguerra si è ripercosso profondamente — ed è naturale, dato che il diritto è lo specchio dell'ambiente sociale — sugli istituti giuridici. Varia — e assai spesso difettosa — è l'eredità legislativa che in materia esso ci ha trasmessa. A tale eredità appartiene anche una Commissione istituita col decreto legislativo 28 febbraio 1947, n. 119, competente in materia di revindiche da parte dei proprietari di beni pervenuti in possesso dell'Azienda Rilievo Alienazione Residuati (ARAR) — azienda di Stato —, della quale non risulta che prima della sentenza del Tribunale di Milano 11 gennaio 1951 abbiano mai avuto a occuparsi nè la giurisprudenza nè la dottrina.

2. L'affermazione contenuta nella sentenza, secondo cui si tratterebbe di organo giurisdizionale, è tutt'altro che convincente. Nè può dirsi soddisfacente la dimostrazione.

È esatto il principio, secondo cui gli elementi, cui bisogna aver riguardo al fine di stabilire se un certo organo abbia natura giurisdizionale o amministrativa, non sono tanto quelli formali, quanto quelli sostanziali — e cioè quelli attinenti all'essenza della funzione esercitata (cfr., da ultimo, Cons. di Stato, IV Sez., 1° marzo 1950, in *Giur. ital.*, 1951, III, 55). Ma che per individuare in un certo atto la natura di manifestazione della funzione giurisdizionale sia sufficiente — come la sentenza ha ritenuto — il riscontrare che esso sia l'applicazione al caso concreto di una norma in relazione a un diritto intorno al quale esista una controversia, è soluzione che lascia insoddisfatti.

Nè la formula può considerarsi rafforzata dalla specificazione che l'atto in questione deve avere carattere di irretrattabilità. È indubbio infatti che tale carattere sia un attributo delle decisioni giurisdizionali: ma appunto perciò, dove esso non sia espressamente riconosciuto dalla legge a una certa pronuncia, occorrerà preventivamente

dimostrare che questa rivesta i caratteri della decisione giurisdizionale, e soltanto in un secondo momento si potrà affermare l'irretrattabilità della pronuncia stessa.

Dove dunque — come nella specie — tanto la giurisdizionalità, che l'irretrattabilità di una data pronuncia siano da dimostrare (non potendo la seconda che farsi discendere dalla prima), l'affermare che le pronuncie giurisdizionali hanno carattere irretrattabile non è certo un valido sistema di dimostrazione.

3. In presenza dei frequenti casi in cui la recente legislazione ha attribuito a particolari organi istituiti presso pubbliche Amministrazioni la risoluzione di controversie in cui la stessa o altre Amministrazioni siano interessate, la giurisprudenza e la dottrina hanno avuto modo di approfondire il concetto, secondo cui non ogni risoluzione di controversie è necessariamente manifestazione della funzione giurisdizionale. In molti casi la risoluzione di una controversia — e cioè l'attuazione di un fine di giustizia (ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Milano, 1942, 24 e segg.) — tra l'Amministrazione e altri soggetti, da parte di organi appartenenti alla pubblica Amministrazione, non è il fine ultimo dell'attività esercitata — come è proprio della funzione giurisdizionale —, ma è soltanto il mezzo per perseguire un interesse proprio dell'Amministrazione (ALLORIO, *op. cit.*). In casi di tal genere non ci si trova cioè in presenza della esplicazione di una pura funzione di giustizia — e per ciò appunto di attività giurisdizionale —; ma la funzione di giustizia ha carattere strumentale rispetto al fine amministrativo che di volta in volta l'organo ha il còmpito di realizzare.

Di tale fenomeno la dottrina ha avuto modo di segnalare varie manifestazioni, quali le pronuncie delle Commissioni per la liquidazione dei danni di guerra, quelle delle Commissioni per l'epurazione, quelle delle Commissioni per l'assegnazione delle terre incolte ai contadini (vedi M. S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, I, 1, 316; NIGRO, *Sulle decisioni amministrative, ivi*, 1950, IV, 16 e segg.).

La funzione delle pronuncie di tal genere non consiste nell'attuare la giustizia in una controversia tra privati e Amministrazione, ma unicamente nel far sì che alcuni còmpiti dell'Amministrazione, in relazione ai quali sorga un conflitto di interessi tra essi e i privati (epurazione, liquidazione dei danni di guerra, assegnazione di terre

ai contadini) vengano realizzati nella massima possibile conformità alle esigenze di giustizia. Questo spiega perchè l'ordinamento si preoccupi di massima di assicurare agli organi preposti alle pronuncie in questione una certa posizione di indipendenza in seno all'Amministrazione nella quale sono inquadrati, e in funzione delle cui finalità operano: tale posizione di indipendenza non vale però a farne degli organi *super partes*, appunto perchè essi non tendono alla soluzione di un conflitto di interessi in funzione dell'attuazione dell'ordinamento giuridico generale, ma semplicemente in funzione di un fine concreto della pubblica Amministrazione (e quindi, se mai — come da un acuto scrittore è stato detto —, in funzione dell'ordinamento particolare della pubblica Amministrazione: M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 323).

Qui dunque, per l'ordinamento generale, la giustizia non è il fine, ma il mezzo. Ciò non esclude per altro che l'attività esercitata sia pur sempre una attività di giustizia. E appunto per ciò è stato affermato che la funzione in tal modo esplicata, e gli organi a essa preposti, pur avendo carattere amministrativo e non giurisdizionale, vanno tuttavia qualificati con l'attributo di contenziosi (Cons. di Stato, IV Sezione, 15 maggio 1946, n. 150, in *Giur. ital.*, 1947, III, 33; LAVAGNA, *Intorno al concetto di organo contenzioso*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1947, II, estr.; M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 321 e segg.; NIGRO, *op. cit.*, 22 e segg., presso i quali ultimi v. anche ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali).

Nè — come talvolta è stato fatto — varrebbe invocare in favore del carattere giurisdizionale e non amministrativo della funzione in esame la mancanza di qualsiasi discrezionalità amministrativa presso l'autorità competente a esercitarla — la quale tutt'al più può essere portatrice di una certa dose di discrezionalità tecnica (MEUCCI, *Sul carattere delle decisioni delle Commissioni di epurazione*, in *Giur. Cass. civ.*, XXVI, 1947, 549 e segg.; U. MIELE, *Sulle Commissioni per l'assegnazione delle terre incolte ai contadini*, *ivi*, XXVII, 3°, 1948, 970 e segg.). Come è dimostrato dai numerosi casi di attività amministrativa vincolata, non è infatti essenziale alla funzione amministrativa la presenza di una discrezionalità amministrativa presso l'autorità destinata a esercitarla.

4. Nel quadro delle manifestazioni della attività amministrativa a carattere contenzioso vanno inserite le deci-

sioni della Commissione istituita col decreto legislativo 28 febbraio 1947 n. 119, il cui fine ultimo, in seno all'ordinamento generale, non è di realizzare la giustizia, bensì di assicurare all'Amministrazione una posizione di maggiore certezza e giustizia nei confronti delle pretese dei privati in ordine a beni in possesso di essa.

Nè possono valere in contrario gli argomenti di ordine formale invocati dalla sentenza da cui si son prese le mosse.

La Commissione, competente a pronunciarsi sulle « denuncie » presentate dai privati ai sensi dell'art. 1 della legge in questione, occupa in seno all'Amministrazione, per la sua composizione (di essa fanno parte un consigliere di Stato, un avvocato dello Stato, un rappresentante dell'ARAR, un rappresentante del Ministero del tesoro e un rappresentante del Ministero dei trasporti) una posizione di indipendenza certo meno solida di quella delle Commissioni per la liquidazione dei danni di guerra, per l'epurazione e per l'assegnazione delle terre ai contadini, di cui è riconosciuta la natura amministrativa (v. ampie indicazioni in NIGRO, *op. cit.*, 16 e segg.).

Le « denuncie » degli interessati, poi, che il legislatore ha studiatamente evitato di designare con un nome che potesse far pensare ad atti istitutivi di procedure giurisdizionali, altro non sono che istanze della natura dei ricorsi gerarchici impropri. Nè per altro la circostanza che la Commissione non possa pronunciarsi se non su richiesta dei privati può essere sufficiente a farla considerare organo giurisdizionale, e a far considerare giurisdizionali le sue pronuncie. La necessità dell'iniziativa dei privati è infatti naturalmente comune a tutte le procedure amministrative in cui sia interesse dei privati il conseguimento di un vantaggio da parte dell'Amministrazione, vuoi mediante l'ottenimento di un bene, vuoi mediante la rimozione di una situazione sfavorevole (domanda di indennizzo dei danni di guerra; domanda di assegnazione di terre incolte; ricorsi alle Commissioni tributarie, alcune almeno delle quali hanno natura incontestatamente amministrativa, ecc.): in casi di tal genere una iniziativa dell'Amministrazione in ordine alle particolari procedure di cui è questione sarebbe inconcepibile; ma ciò avviene proprio perchè tali procedure vengono promosse unicamente per riparare al fatto che la pubblica Amministrazione non proceda d'ufficio a ciò di cui viene richiesta.

Quanto infine all'esistenza di regole procedurali destinate ad assicurare nella specie un principio di contraddittorio (« la parte interessata su sua richiesta è ammessa a prendere visione degli atti dell'istruttoria presso la segreteria della Commissione »: art. 3, ultimo comma), esse nella loro tenuità si tengono sì e no all'altezza di quelle dei procedimenti amministrativi di natura sanzionatoria e di quelli su ricorso, e non possono quindi rappresentare un elemento di alcun valore in favore della natura giurisdizionale dell'organo e della procedura.

5. D'altro canto sembra decisivo per far negare alle pronuncie della Commissione in questione il carattere di sentenze, l'espressa riserva, contenuta nella legge istitutiva, della salvezza agli interessati, pur dopo l'intervento delle pronuncie stesse, dell'azione giudiziaria. Se a tutela dei diritti privati è concessa l'azione giudiziaria, vuol dire che il mezzo previsto dal decreto legislativo n. 119 non è un mezzo giurisdizionale.

È vero che la giurisprudenza e una autorevole parte della dottrina riconoscono natura giurisdizionale ad alcune Commissioni tributarie, le cui pronuncie non precludono la via all'azione innanzi ai tribunali ordinari (v. per tutti, ALLORIO, *op. cit.*, 312 e segg., e ivi altre indicazioni). Ma — a parte le non meno autorevoli opinioni che escludono la natura giurisdizionale di tali Commissioni (v. per tutti, A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, 3ª ed., Milano, 1945, 184, e ivi altre indicazioni) — va ricordato che le pronuncie delle Commissioni tributarie — a differenza di quelle che qui si esaminano — sono definitive almeno in ordine a una parte delle questioni attribuite alla loro competenza (e precisamente in ordine a quelle attinenti alla stima dell'imponibile). Comunque quella citata è una eccezione del tutto anomala nel quadro del sistema (e appunto per ciò dà luogo a tante discussioni): essa — quando pur la si ammetta — non può venir spiegata se non sulla base di peculiari ragioni storiche (è indiscusso che all'origine le Commissioni tributarie di cui oggi si afferma la natura giurisdizionale ebbero natura amministrativa: v. BERLIRI, *Il processo tributario amministrativo* Reggio Emilia, 1940, I, 6). Ora, siccome in seno al sistema non è dato riscontrare nessun altro caso di ammissione di riesame del merito della pronuncia di un organo giurisdizionale da parte di un organo giurisdizionale di altro ordine, appare manifesto che, in mancanza di inequivoci elementi in tal senso,

pecchi quanto meno di imprudenza chi troppo facilmente sia corrivo, in presenza di testi legislativi di incerta interpretazione, ad ammettere anomalie di tal fatta.

6. Così stando le cose, la sola interpretazione corretta da dare al sistema instaurato con il decreto legislativo 28 febbraio 1947, n. 119 appare quella, secondo cui esso importa per il privato che vanti delle pretese in ordine a beni in possesso dell'ARAR, l'onere di far valere tali pretese, prima che in sede giudiziaria, in sede amministrativa, onde consentire all'Amministrazione — non diversamente da quanto avviene negli altri casi di rimedi amministrativi preventivamente preordinati ai rimedi giudiziari (v. gli esempi citati dallo ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 6ª ed., Milano, 1948, 63 e segg.) — di ritornare, *re melius cognita*, sul proprio operato.

Se così è, è anche evidente che nella specie — indipendentemente dalla soluzione del problema circa il suo carattere di mezzo generale o di mezzo non applicabile fuori delle ipotesi in cui espressamente il legislatore lo abbia previsto — non fosse il caso di chiamare in causa l'istituto della revocazione degli atti giurisdizionali (in senso analogo alla sentenza annotata, per quanto riguarda il carattere eccezionale dell'istituto della revocazione, e la sua non estensibilità a decisioni giurisdizionali per cui non sia espressamente previsto, v. di recente, Cass., 21 settembre 1948, in *Giur. ital.*, 1949, I, 1, 109, e ivi nota di richiami, nonchè la nota di richiami in *Foro ital.*, 1947, III, 214; maggior larghezza si suole usare per le decisioni delle Commissioni tributarie, in relazione alle quali la norma dell'art. 44 R. D. 8 luglio 1937, n. 1516, che prevede tale rimedio per le decisioni delle Commissioni provinciali delle imposte dirette e indirette sugli affari, suol esser considerata come affermazione di un principio generale della materia: v. ALLORIO, *op. cit.*, 534 e segg., e da ultimo Giunta provinciale amministrativa Milano, 16 maggio 1949, in *Giur. ital.*, 1949, III, 108).

7. Rimane ora a vedere se la Commissione — che, come si è visto, è un organo amministrativo — potesse legittimamente, e di propria iniziativa, ritornare sulla sua precedente pronuncia.

La sentenza ha esaminato il caso anche sotto questo profilo, e ha escluso la revocabilità, da parte della Commissione, della sua prima pronuncia, prima di tutto perchè l'aver questa riconosciuto al richiedente un diritto soggettivo la rendeva irrevocabile, e in secondo luogo

perchè in ogni caso una autorità che non abbia la potestà di agire *ex officio* non potrebbe *ex officio* ritirare un proprio atto, sia pure invalido.

La prima proposizione è manifestamente erronea, in quanto la regola della irrevocabilità degli atti amministrativi, dai quali siano nati dei diritti soggettivi — regola, che, come è noto, trova applicazione soltanto allorchè vengano in questione dei diritti pieni e incondizionati (circostanza che, in vero, ricorreva nella specie) —, vale soltanto per gli atti viziati nel merito: essa non vale invece per quelli viziati nella legittimità, i quali possono sempre esser posti nel nulla: i diritti soggettivi che siano nati da un atto illegittimo saranno infatti nati illegittimamente, e potranno sempre essere soppressi (v. per tutti, RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica Amministrazione*, 5ª ed., Milano, 1937, 137).

La seconda proposizione è esatta, in quanto una autorità, la quale non possa procedere se non su istanza di parte, rimane, una volta che abbia esaurito la sua funzione in ordine a ciò di cui sia stata richiesta, spoglia di ogni potestà in relazione al caso (cfr. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 218, e ivi indicazioni; *contra*: FORTI, *La revocabilità dei decreti emessi su ricorso gerarchico*, 1907, ora in *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, 1937, 138).

8. Resta però da vedere se la stessa autorità possa comunque essere ancora chiamata a pronunciarsi in ordine al caso deciso.

Come già ebbi modo di osservare in altra occasione, la formula, secondo cui gli atti che non possono venir posti in essere di iniziativa dell'autorità competente alla loro emanazione non potrebbero venir più ritirati da tale autorità, va intesa in modo alquanto meno rigido di quanto si sia soliti fare (SANDULLI, *Spunti in materia di revocabilità di atti preparatori*, in *Giur. ital.*, 1949, III, 13 e segg.). In quella sede cercai di dimostrare che, nei casi in cui la non retrattabilità di un atto amministrativo discenda non dall'essenza stessa dell'atto, ma dalla circostanza che l'autorità che lo pose in essere non abbia più, in ordine alla materia, un potere di iniziativa, la difficoltà relativa alla ammissione della retrattabilità dell'atto può esser superata ove si riconosca la possibilità che l'iniziativa del ritiro venga presa da altri agenti qualificati.

Ora, in relazione alla retrattabilità delle decisioni pro-

nunciate su ricorso amministrativo da autorità cui manchi in materia una potestà di iniziativa (tale non è il caso per le decisioni su ricorso gerarchico proprio, dato che il superiore gerarchico è autorità attiva in ordine alla materia decisa col ricorso, e ha quindi sempre modo di tornare su di essa di propria iniziativa: cfr. FORTI, *op. cit.*, 136; RAGGI, *La revocabilità dei provvedimenti emessi su ricorso gerarchico*, in *Riv. amm.*, 1948, 79), bisogna richiamarsi proprio a tale principio.

In casi di tal genere, agenti qualificati a prender l'iniziativa del ritiro dell'atto difettoso (e, dato che i ricorsi amministrativi in questione sono dei rimedi *di giustizia*, in relazione ai quali l'autorità decidente è spoglia di ogni discrezionalità amministrativa, i difetti da far valere saranno normalmente inerenti alla legittimità) non potranno essere che le autorità interessate nel ricorso, che sono quelle in ordine alle quali la decisione ha operato, e che sono per ciò *dominae* del rapporto in ordine al quale la nuova pronuncia dovrebbe operare. Una uguale iniziativa non potrebbe per contro esser riconosciuta ai privati — controinteressati e cointeressati —, in quanto il potere di ritiro degli atti amministrativi illegittimi è un potere d'ufficio, il quale presuppone una valutazione dell'interesse pubblico alla ritrattazione.

Il negare nei casi descritti la possibilità che l'autorità che provvide, incorrendo per qualsiasi causa in un vizio giuridico, ritorni sulla decisione stessa (così, ad es. NIGRO, *op. cit.*, 69 e segg.), si risolverebbe — in contrasto col principio generale che vuole che alla pubblica Amministrazione sia consentita la possibilità di eliminare da se stessa, sempre che vi concorra l'interesse pubblico (sul modo in cui tale interesse va inteso, v., da ultimo, esattamente, CANNADA-BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, estr.), i difetti dei propri atti — nella assoluta impossibilità di correggere la decisione difettosa, sia pure dei vizi di più immediata evidenza, quali possono essere quelli consistenti in errori di fatto, e nella ignoranza di circostanze decisive ai fini della soluzione data al caso.

9. Autorevolmente al riguardo si è fatto ricorso in passato all'istituto della revocazione, il quale, secondo gli acuti svolgimenti dell'autore che concepì tale soluzione, avrebbe dovuto esser ritenuto un rimedio ordinario per tutte le decisioni di ricorsi amministrativi (FORTI, *La*

revocazione nei ricorsi amministrativi, 1908, ora in *Studi*, cit., II, 149 e segg.; v. anche RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937, 268; *contra*: RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 28 e segg.).

Di recente poi la giurisprudenza in materia di epurazione, posta di fronte alla necessità di rimediare a evidenti ingiustizie, è venuta dando ampio riconoscimento a tale istituto nei confronti delle decisioni sui ricorsi amministrativi in materia epurativa (Cons. di Stato, Sezione spec. epurazione, 26 giugno 1944, n. 2644; 6 giugno 1946, n. 2443; 8 luglio 1946, n. 3186; 9 novembre 1946, n. 4810; Comm. spec. epurazione, 5 novembre 1946, numero 419, in *Relaz. Consiglio di Stato sul sessennio* 1941-46, I, Roma, 1949, 755 e segg., nonchè, da ultimo, V Sez., 13 ottobre 1950, n. 1032, inedita). Nè sono mancati altri autorevoli consensi alla estensione dell'istituto alle decisioni amministrative (M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 325; NIGRO, *op. cit.*, 69 e segg., il cui pensiero però non è in proposito ben chiaro tra revoca e revocazione).

Tale estensione alla materia amministrativa di un istituto di natura squisitamente giurisdizionale, creato a tutela degli interessi delle parti, e quindi esercitabile a iniziativa delle parti — istituto del quale viene comunemente negato il carattere di rimedio di ordine generale persino nella stessa materia giurisdizionale (v. *supra*, n. 6) — sembra però contrastare con le fondamentali regole dell'ermeneutica giuridica. D'altronde il ridurre la possibilità del ritiro degli atti amministrativi contrastanti col diritto, a opera della stessa autorità che li emise, ai soli casi di revocazione consentiti dal codice di proc. civile, urta certamente contro il generale principio della ritirabilità degli atti amministrativi illegittimi. In verità, o si ritiene che in alcuni casi un ritiro degli atti amministrativi da parte dell'autorità che li emise sia del tutto impossibile, o si esclude l'esistenza di eccezioni alla regola generale: ma in questo secondo caso la possibilità del ritiro non può, in mancanza di norme in tal senso, venir ridotta a un numero circoscritto di ipotesi, corrispondenti a quelle previste per la revocazione del codice di proc. civile.

D'altronde, però, il richiamo all'istituto della revocazione giurisdizionale può essere utile sotto un altro profilo, e precisamente in quanto sta a testimoniare che l'interesse pubblico a che gli atti più gravemente e palesemente ingiusti vengano ritirati da parte della stessa

autorità che li emise, si impone persino in quella materia dove l'interesse della certezza definitiva dei rapporti prevale su qualsiasi altro: se così è, appare tanto più inconcepibile negare — sia pure in una ristretta cerchia di casi — la possibilità che l'Amministrazione ritorni sui propri atti contrastanti col diritto.

Delle incongruenze cui una tale negazione può condurre è uno specchio fedele la sentenza in esame, secondo la quale una commissione amministrativa non avrebbe alcun modo di sanare un proprio manifesto errore, neanche a seguito della scoperta di nuovi elementi dai quali risulti in maniera irrefutabile l'inesattezza dei fatti che essa pose a fondamento della propria pronuncia. La immutabilità delle decisioni di una commissione di tal genere sarebbe cioè assai più rigida — e certo più grave, dato che investirebbe l'interesse della pubblica Amministrazione — di quella delle pronuncie giurisdizionali.

10. Una volta ammessa la ritirabilità di tutte le decisioni adottate su ricorso amministrativo, per vizi inerenti alle decisioni stesse, è però ovvio che il loro ritiro non possa aver luogo se non nel rispetto delle garanzie previste dalla legge per la emissione delle decisioni che si tratta di ritirare. Questa è una regola che discende dai principi. Se quindi — come è norma — la procedura del ricorso assicura la garanzia del contraddittorio, tale garanzia deve essere assicurata anche nel procedimento per la revoca della decisione del ricorso.

11. Veniamo ora a considerare sotto il profilo che qui interessa il caso esaminato dalla sentenza dalla quale si son prese le mosse.

In esso, in verità, si discuteva se vi fosse stata o non una vera e propria richiesta di revoca da parte dell'Amministrazione attiva: anzi il tribunale ha ritenuto che non vi fosse stata, in quanto tutto ciò che l'Amministrazione attiva fece, allorchè venne in possesso del nuovo documento atto a dimostrare l'infondatezza dei fatti sulla cui base la Commissione aveva pronunciato, fu di trasmettere alla Commissione tale documento, perchè ponesse in essere i provvedimenti di sua competenza. Non avendo a disposizione gli atti della causa, è difficile pronunciarsi al riguardo. Tuttavia, non mi sentirei di escludere che l'iniziativa presa dall'Amministrazione attiva, nei termini in cui è stata descritta, fosse sufficiente a

esprimere una richiesta di revoca. Nè varrebbe — ai fini di quanto si è detto *sub* n. prec. — osservare che la richiesta non venne dall'Amministrazione, che la presentò alla Commissione, notificata alla controparte: perchè nei ricorsi amministrativi (a differenza di quanto avviene per quelli giurisdizionali) la notifica agli interessati va di regola promossa dall'autorità competente a decidere (art. 5 T. U. com. e prov.).

È fuori dubbio tuttavia che, per aver provveduto sull'istanza di revoca senza aver sentito la controparte, la Commissione incorse in un errore di procedura, ponendo di conseguenza in essere una pronuncia viziata, che, in quanto tale, doveva pur sempre esser dichiarata illegittima dall'autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi in ordine al diritto soggettivo della società attrice a conservare il possesso della merce di cui si discuteva.

Dato che trattavasi però di procedura legittimamente instaurata, e viziatasi soltanto nel corso del suo svolgimento (a causa della mancata notifica della richiesta alla controparte), la pronuncia, da parte del giudice, della illegittimità della decisione non poteva portare, secondo i principi, che alla necessità della ripresa del procedimento dall'ultimo atto valido (richiesta di revoca), e non certo all'affermazione della definitiva e irretrattabile imperatività della decisione stessa.

12. Certamente inesatta è — per finire — l'affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui, dato che nella legge in esame la potestà di ricorso è riconosciuta ai soli privati, soltanto a questi dovrebbe esser riconosciuto anche il potere di proporre la richiesta di revoca della decisione emessa sul ricorso.

Tale argomento non sarebbe esatto nemmeno se si trattasse di revocazione: se fosse esatto, infatti proverebbe troppo: in base a esso non dovrebbe, ad es., esser consentito alle Amministrazioni convenute innanzi alla G. P. A. di proporre ricorso per revocazione avverso le decisioni pronunciate da tale organo giurisdizionale.

Comunque, per tornare sul nostro campo, dato che, come si è visto (n. 8), il potere di ritiro degli atti amministrativi è un potere il cui esercizio è rimesso all'ufficio, l'iniziativa del suo esercizio in relazione alle decisioni su ricorso, lungi dal poter appartenere ai controinteressati non può spettare che alla sola Amministrazione.

Sulla procedura del trasferimento dei professori universitari e sulla funzione della deliberazione delle facoltà universitarie in tale procedura*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1952, III, col. 158-159

* *Nota* a Consiglio di Stato, Ad. plen., 14 gennaio 1952 n. 1, *ibid.*, col. 157; le massime che interessano sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA: 14 GENNAIO 1952 N. 1; PRES. SEVERI P., EST. PIERRO; M. E E. C. MINISTERO ISTRUZIONE, UNIVERSITÀ DI ROMA E T.

Il ricorso giurisdizionale contro il provvedimento ministeriale che dispone il trasferimento di un professore universitario su proposta della facoltà, e previo parere del Consiglio superiore della pubblica istruzione, non deve esser notificato, oltre che al Ministro, anche alla facoltà e al Consiglio superiore.

Il ricorso stesso deve essere notificato all'università di cui fa parte la facoltà che chiese il trasferimento, e non alla facoltà direttamente.

1. — La prima massima è esatta. Non altrettanto può forse dirsi di tutte le affermazioni fatte nella decisione per giungere alla formulazione di essa.

Impropria è in primo luogo l'affermazione secondo cui i vari atti susseguentisi in funzione del decreto di trasferimento di un professore universitario *metterebbero assieme un atto complesso.* Quei vari atti — richiesta della facoltà, parere del Consiglio superiore della pubblica istruzione (ove necessario, come nel caso in esame) e decreto ministeriale — appunto perchè non dotati di pari forza operativa nei confronti dell'effetto giuridico, non possono essere considerati come unità elementari di un unico atto composto (su questi concetti v. ampiamente SANDULLI, *Il procedimento amministrativo,* Milano, 1940, 45 seg., n. 119 seg.). Si tratta dunque di una procedura in seno alla quale la funzione di elementi, propriamente costitutivi dell'effetto giuridico, non può esser riconosciuta a tutte le varie unità che intervengono nella serie, ma unicamente al decreto ministeriale in cui la serie sfocia.

Altro è però accettare tale conclusione — la quale può ormai a buon diritto essere ritenuta tradizionale — e altro è ritenere (come ha fatto la decisione annotata) che « *determinante* fu soltanto la volontà del Ministro ». La dottrina infatti non ha mancato di avvertire che frequentemente potere *determinante del contenuto* dell'atto e potere *costitutivo dell'effetto giuridico* non coincidono. Esistono infatti casi in cui l'atto, che rappresenta l'estrinsecazione di quest'ultimo potere, assolve a una funzione di mera attuazione rispetto a un precedente atto, il quale invece rappresenta l'estrinsecazione del potere determinante del contenuto del provvedimento da emettere (SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei ministri,* in *Giur. Cass. civ.,* 1949, XXVIII, 896).

2. — Ora, uno dei casi tipici di tale fenomeno ricorre proprio nella materia che si presentava all'esame dell'Adunanza plenaria. Il Ministro dell'istruzione infatti, soltanto per ragioni di legittimità o eventualmente nell'interesse degli studi (sentito il Consiglio superiore), potrebbe non dar corso al trasferimento di un professore di ruolo deliberato dalla facoltà universitaria che ne abbia fatto richiesta (art. 93 t. u. istruz. superiore; art. 2 e 3 decr. legisl. 5 aprile 1945 n. 238). (SANDULLI, *L'autonomia delle univer-*

sità statali, Trieste, 1948, nota 60 a pag. 23). Il che significa che l'autorità, la quale in effetti *determina il contenuto* del provvedimento, e anzi determina addirittura (salvo il caso di illegittimità del suo deliberato, o di lesione dell'interesse degli studi) la *necessità* del provvedimento di trasferimento, non è il Ministro, ma la facoltà.

Nella serie procedurale il decreto ministeriale assume dunque la funzione di atto *costitutivo* dell'effetto giuridico, ma non di atto *determinante* del contenuto.

Il che ai fini processuali potrebbe anche non esser privo di conseguenze. Dato che il ricorso giurisdizionale va notificato all'autorità che pose in essere il provvedimento impugnato (articolo 36 t. u. Cons. di Stato), non è da escludere che, in casi come quello in esame, esso debba esser notificato non soltanto all'autorità che pose in essere il decreto, ma anche a quella che pose in essere l'atto del quale il decreto non rappresentò che l'attuazione. Fenomeno non del tutto anomalo, del resto, se è vero che nei casi di atti complessi, ai quali concorrano autorità distinte, la regola della notifica del ricorso all'autorità, il cui provvedimento si impugna, non può considerarsi osservata se non allorquando la notifica abbia avuto luogo nei confronti di tutte le diverse autorità che abbiano concorso alla emanazione dell'atto, salvo che ragioni particolari (come avviene, ad es., pei decreti presidenziali, la responsabilità dei quali, per ragioni di ordine costituzionale, è soltanto dei Ministri) non ne escludano la necessità.

3. — L'eventuale accettazione di tale conclusione non è tuttavia suscettibile di modificare il risultato, cui nel caso in esame perviene la decisione che si annota.

Nella specie infatti la notifica del ricorso al soggetto, cui l'ordinamento attribuiva la potestà di determinazione del contenuto del provvedimento in questione, aveva avuto luogo, dato che i ricorrenti avevano notificato il ricorso, oltre che al Ministro dell'istruzione, anche all'Università.

Nè era fondata la doglianza dell'interveniente per cui quella notifica andava fatta non all'Università, ma alla Facoltà. Se è vero infatti che, in seno all'università, il nostro ordinamento riconosce alle facoltà una spiccata autonomia, la quale può persino far pensare a esse, sotto certi profili, come titolari di prerogative *iure proprio* nei confronti della stessa università (SANDULLI, *L'autonomia delle università*, cit., in nota a pag. 19); ciò non toglie tuttavia che esse sono pur sempre *organi dell'università*, e tali rimangono anche in quei casi in cui — come nell'ipotesi in esame — esse, ed esse soltanto, sono qualificate ad operare con forza determinante nei rapporti esterni.

Questo loro operare nei rapporti esterni vale a farle assurgere infatti — sotto il profilo che interessa — ad organi *esterni* dell'università (su tale nozione v. per tutti SANDULLI, *Man. di dir. amm.*, Napoli, 1952, 91), vale a dire come organi destinati a esprimere immediatamente e direttamente l'università nei rapporti esterni; ma non può certo valere a farle considerare come soggetti giuridici a sè stanti, distinti dall'università.

È evidente dunque che il soggetto degli atti posti in essere da una facoltà universitaria non è la facoltà, ma l'università. A questa quindi, e non a quella, va notificato il ricorso volto alla caducazione di un atto della facoltà.

Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Pubblicato in
Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja
Bologna, 1953, pp. 393-403

Giurisprudenza Italiana
Torino, 1950, IV, col. 89-96

SOMMARIO: 1. Il problema. — 2. Evoluzione storica del ricorso straordinario al Re. — 3. Natura amministrativa di tale rimedio nella monarchia costituzionale. — 4. Suo carattere di rimedio *extra juris ordinem*. — 5. Conservazione di tale carattere attraverso le varie modifiche dell'istituto. — 6. Natura di interesse semplice della pretesa all'accoglimento del ricorso straordinario. — 7. Natura di interessi legittimi delle sole pretese alla decisione del ricorso e alle formalità a essa relative. — 8. Esclusione di incompatibilità del ricorso straordinario: *a*) con l'art. 87 cost.; — 9. *b*) con l'art. 113 cost. — 10. Argomento di diritto positivo in favore dell'ammissibilità del rimedio nella costituzione repubblicana.

1. L'Avvocatura dello Stato, nella sua solerzia, studiosa del patrocinio degli interessi dell'amministrazione statale, si è fatta assertrice della tesi della inammissibilità, in base alla vigente costituzione, del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Tale tesi è stata anzi prospettata — per quanto in veste problematica — in un acuto scritto dottrinale dovuto a uno dei più distinti esponenti dell'organismo preposto al patrocinio dello Stato (1). Il problema dell'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può dunque esser considerato un problema di attualità.

Gli argomenti sui quali si fa leva per negare l'ammissibilità del ricorso straordinario sono sostanzialmente due. Il primo poggia sul carattere di esclusività delle norme contenute nella costituzione in ordine alle competenze del Presidente — per cui a tale organo non potrebbero essere riconosciute altre competenze fuori di quelle indicate nella costituzione o in altre leggi costituzionali. Il secondo poggia sul principio enunciato nell'art. 113 cost., in base al quale nessun atto amministrativo che abbia leso dei diritti o degli interessi legittimi può sfuggire al con-

(1) AGRÒ, *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rass. mens. dell'Avvocatura dello Stato*, 1948, fasc. 10.

trollo giurisdizionale — principio il quale importerebbe l'impugnabilità giurisdizionale del decreto presidenziale di decisione del ricorso straordinario in materia di interessi legittimi, col conseguente pieno snaturamento del ricorso straordinario nella sua essenza e nei suoi caratteri.

Non sembra che tali argomentazioni siano accettabili, nè che la costituzione repubblicana abbia fatto venire meno l'antico istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato (2).

2. Al fine di procedere a una adeguata dimostrazione della tesi che appare più attendibile, sarà opportuno prendere le mosse da una — sia pur fugace — analisi storico-dogmatica dell'istituto. Mai come su questo terreno l'analisi storica rappresenta una inderogabile integrazione di quella dogmatica.

Il ricorso straordinario si riporta alle istanze in forma di *placet*, che nelle monarchie assolute era consentito presentare al sovrano, in via di grazia, contro i provvedimenti delle pubbliche autorità — sia amministrative che giudiziarie, insuscettibili — o istituzionalmente, o per decadenza, o per aver esaurito la serie — di gravami ordinari. La potestà di decidere tali istanze apparteneva al sovrano in quanto fonte di ogni potere.

Nel Regno di Sardegna le costituzioni generali di Vittorio Amedeo II del 1770 — alle quali l'istituto era stato tramandato dalla legislazione anteriore — per quanto riguarda gli atti amministrativi prevedeva tale possibilità di ricorso al sovrano nel Libro II, cap. II. Il sovrano si pronunciava sul ricorso, sentito il parere del Consiglio di Stato, il quale era sottentrato nella competenza consultiva spettante anteriormente al 1749 al Consiglio dei memoriali.

Ripristinato con la restaurazione sabauda successiva alla caduta del regime napoleonico, l'istituto — il quale, per quanto riguarda le do-

(2) Pur senza prendere l'argomento in diretta considerazione, si sono espressamente pronunciati per la ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Bologna, 1948, pag. 85; BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1949, pag. 156; ZANOBINI, *Corso di diritto aministrativo* [3], III, Milano, 1949, pag. 8 segg.; MARCHI, *Il Capo dello Stato*, in *Commentario sistematico della costituzione italiana*, II, Firenze, 1950, pag. 119; LESSONA, *Ricorso straordinario amministrativo e azione giudiziaria nelle controversie di lavoro presso enti pubblici economici*, in *Riv. amm.*, 1949, 530. La prassi recente rivela frequenti casi di decisioni di ricorsi straordinari a opera del Presidente della Repubblica. V., per es., nella *Gazz. uff.*, 3 gennaio 1950, n. 2, la decisione dei ricorsi Castellana e Vulpitta, e nella *Gazz. uff.*, 12 gennaio 1950, n. 9, le decisioni dei ricorsi Colombo, Tarli, Paparella, Olivetti.

glianze contro le sentenze, venne meno con la instaurazione del magistrato di cassazione (regio editto 30 ottobre 1847) — sopravvisse in ordine agli atti amministrativi, e si tramandò fino alla legge 30 ottobre 1859 n. 3707 sul Consiglio di Stato. Questa all'art. 15 n. 4 prevedeva il parere obbligatorio di tale consesso « sui richiami che si facciano al Re contro la legittimità dei provvedimenti governativi, di carattere amministrativo, pei quali siano già esaurite e non si possano proporre in via gerarchica le domande di riparazione ».

Tale norma si è poi tramandata fino a noi, e corrisponde, nella sua sostanza, all'art. 16 n. 4 del T. U. sul Consiglio di Stato 26 giugno 1924 n. 1054, attualmente in vigore.

3. Varie furono le incertezze circa l'applicazione della norma in questione, dubitandosi in passato se essa si riferisse a tutti indistintamente i ricorsi pei quali la competenza fosse attribuita al Re, o si riferisse soltanto ai ricorsi in via straordinaria da tenere distinti rispetto agli altri ricorsi al Re (3), e discutendosi se il Re si pronunciasse sui ricorsi straordinari in veste di capo del potere esecutivo o in veste di capo dello Stato, al di fuori e al di sopra della gerarchia amministrativa (4).

È tuttavia gran tempo ormai che la materia è da considerare sgombra di dubbi in proposito (5) — come da gran tempo sono da conside-

---

(3) Nel primo senso si espresse talvolta la dottrina più antica (v. per es., SAREDO, *Commento alla legge comunale e provinciale*, V, pagg. 155 segg.; TIEPOLO, *Il provvedimento gerarchico e il ricorso al Re*, in *Giust. amm.*, 1892, IV, 25 segg.). Nel secondo senso si manifestò invece fin dai tempi più remoti il Consiglio di Stato, sia in sede consultiva (pareri 7 aprile 1861, in *Man. amm.*, 1862, 37; 2 maggio 1869, in *Riv. amm.*, 1869, 324; 16 luglio 1870, *ivi*, 1874, 619; 3 dicembre 1879, in *Man. amm.*, 1880, 301), che in sede giurisdizionale, a partire dalla decisione della IV sezione, 28 agosto 1890, in *Giust. amm.*, 1890, I, 78, nonchè la migliore dottrina (ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato compl. di dir. amm. it.*, III, Milano, 1901, pagg. 693 segg.; CAMMEO, *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911, pagg. 617 segg.).

(4) Il Consiglio di Stato, mentre in sede consultiva si era per solito manifestato nel primo senso, si andò orientando nel secondo senso subito dopo l'istituzione della IV sezione, allorchè cominciò a funzionare in sede giurisdizionale. Sulla questione: v. ampiamente ORLANDO, *op. cit.*, pagg. 689 segg. Per una recente presa di posizione in senso analogo a quello del primo orientamento del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, v. PORTA, *Natura del decreto reale che decide il ricorso straordinario*, in *Giur. it.*, 1941, III, 117 segg.

(5) RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione* [5], Milano, 1937, pag. 258 segg.; RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato - Studi in occasione del centenario*, Roma, II, 1932, pag. 3 segg.; BORSI, *La giustizia amministrativa* [7], Padova, 1941, pag. 85; GIROLA, *Ricorso straordinario al Re*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, pag. 652; ZANOBINI, *Corso*, cit.,

rare dissipati i dubbi affacciati in passato circa la natura giurisdizionale del ricorso (6).

Quanto alla distinzione del ricorso straordinario al Re dal ricorso al Re in via gerarchica, essa risulta in modo irrefutabile fin da testi legislativi ormai remoti, quali l'art. 42 della legge 17 luglio 1890, n. 6972 sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza e l'art. 1 della legge 30 luglio 1896, n. 343 sulla beneficenza pubblica per la città di Roma, i quali entrambi prevedono sia la possibilità del ricorso gerarchico al Re sia quella del ricorso straordinario.

Circa poi il carattere amministrativo del ricorso straordinario è da ricordare che già la relazione governativa alla citata legge del 1859 considerava tale ricorso come una doglianza presentata « all'amministrazione meglio informata », e che quel carattere risulta *expressis verbis* dalla legislazione successiva: oltre che nell'art. 34, 2° comma del vigente T. U. sul Consiglio di Stato, fin dal 1890 il ricorso straordinario veniva designato come « ricorso al Re in sede amministrativa » nell'art. 42 della legge 17 luglio, n. 6972.

Quello che in origine era stato un supremo appello alla potestà sovrana si era cioè venuto trasformando, con l'instaurazione della monarchia costituzionale — la quale importava il trasformarsi in pure e semplici competenze in seno all'organizzazione statale di quelle che originariamente erano state prerogative sovrane (7) —, in un vero e proprio rimedio di natura amministrativa.

4. Se perdette il carattere di istanza rivolta alla grazia sovrana per acquistare quello di ricorso amministrativo, esso non perdette tuttavia il carattere di rimedio *extra iuris ordinem*, sfornito dei caratteri di guarantigia giuridica (8), al di sopra e al di fuori del sistema dei ricorsi am-

---

II [6], 1948, pag. 77 segg.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa* [2], Padova, 1943, pag. 112; CODACCI-PISANELLI, *Gravami contro la decisione del ricorso straordinario*, in *Giur. it.*, 1940, II, 37.

(6) V. in proposito RANELLETTI, *op. cit.*, pag. 266 segg., e presso di lui ampie indicazioni, nonchè CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, pag. 37; PORTA, *op. cit.*, pagg. 117 segg. In giurisprudenza v. espressamente Cons. di Stato, V sez., 4 marzo 1932, in *Foro amm.*, 1932, I, 2, 93; Cass., 9 luglio 1936, *ivi*, 1937, II, 1; 9 dicembre 1937, in *Rep. Giur. it.*, 1937, voce Giustizia amministrativa, n. 33; nonchè implicitamente tutte le decisioni del Consiglio di Stato richiamate *infra*, *sub* nota 12, le quali ammettono il ricorso giurisdizionale avverso i decreti reali di decisione di ricorsi straordinari.

(7) Su tale fenomeno v. ampiamente CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Torino, 1922, pagg. 12 segg., e *passim*.

(8) Sul concetto di guarantigia giuridica, da tenere distinto da quello di guarantigia

ministrativi ordinari assistiti da guarantigia giuridica, libero da ogni vincolo di termini, e destinato a essere esercitato essenzialmente contro provvedimenti nei confronti dei quali fosse escluso, o non fosse più consentito, l'uso dei ricorsi amministrativi ordinari. Nessuna tutela giuridica era infatti riconosciuta al ricorrente per non aver ottenuto dal ricorso la richiesta soddisfazione.

In tale funzione il ricorso straordinario venne conservato nell'art. 9 dell'allegato D della legge 20 marzo 1865, n. 2248, unificatrice del diritto amministrativo, e venne tramandato fino al vigente T. U. sul Consiglio di Stato. E in tale funzione l'esercizio ne venne consentito nei confronti degli atti lesivi di diritti soggettivi — esercizio il quale, in mancanza di norme derogatrici dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, non poteva per altro in alcun caso esser considerato preclusivo dell'azione giudiziaria.

Il suo carattere di rimedio *extra ordinem* risultò poi confermato — per quanto in diverso spirito — dalla riforma della giustizia amministrativa introdotta dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato. La quale, nell'accordare ai cittadini un rimedio giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi lesivi di interessi legittimi, sui quali si fosse pronunciata l'ultima istanza amministrativa ordinaria — atti sprovvisti per l'innanzi di tutela giudiziaria —, lasciò tuttavia in vita il ricorso straordinario, e lo rese alternativo col rimedio giurisdizionale di nuova istituzione — consentendo per tal modo ai cittadini la scelta tra quest'ultimo e il rimedio amministrativo extra ordinem, sfornito dei caratteri di guarantigia giuridica, che già prima era a disposizione di coloro che non avessero innanzi a sè la possibilità di istanze amministrative ordinarie (art. 34 vigente T. U. sul Consiglio di Stato).

5. Di qui appunto il nome di ricorso *straordinario* (9), il quale,

---

amministrativa, v. RANELLETTI, *op. cit.*, pag. 201, in relazione a quanto esposto a pag. 193 segg. È da notare però che il Ranelletti, pur comprendendo la denuncia tra i mezzi non attinenti alle guarantigie giuridiche (pagg. 195, 275 seg.) fa rientrare tra queste il ricorso straordinario, in quanto ritiene che il concetto di guarantigia giuridica sia individuato essenzialmente dall'obbligo che l'autorità abbia di pronunciarsi sulla doglianza dell'interessato, anzi che — come a me sembra più opportuno — dal fatto che l'interessato goda di un'effettiva tutela giuridica in ordine alla perfetta realizzazione della funzione riparatoria del mezzo posto a sua disposizione.

(9) Veramente la dottrina più antica — e quindi più vicina all'introduzione del termine — mostra di ritenere che il ricorso in questione venisse qualificato « straordinario »

usato dapprima dalla giurisprudenza (10), al fine di distinguere tale ricorso da quelli amministrativi aventi carattere di guarantigie giuridiche, in quanto assistiti da tutela giudiziaria, venne successivamente consacrato nella legislazione, a partire dalla citata legge 30 luglio 1896, n. 343, e, per quanto mai impiegato nelle norme fondamentali che ne regolano la disciplina, contenute nel T. U. sul Consiglio di Stato, è stato usato nel regolamento di esecuzione di detto T. U. (art. 56 e 60 del vigente R. D. 21 aprile 1942, n. 444).

Nè il carattere di straordinarietà del ricorso in questione è venuto meno pel fatto che la legislazione sia venuta man mano disciplinandone in modo più rigoroso la procedura, fino a prevedere, con la riforma contenuta nel T. U. sul Consiglio di Stato 17 agosto 1907, n. 638, la proponibilità soltanto entro il termine di decadenza di centottanta giorni, e a imporne la notifica ai controinteressati (art. 16, u. c., vig. T. U. sul Consiglio di Stato).

In mancanza di ogni guarantigia giuridica posta a tutela dell'interesse del ricorrente a una pronuncia favorevole, quelle indicate, e le altre norme procedurali, non possono infatti esser considerate degli elementi di decisivo valore in contrasto col carattere di straordinarietà.

6. L'entrata in vigore della costituzione repubblicana trovò dunque il ricorso straordinario al Capo dello Stato — il quale si era conservato immutato nel regime di transizione (art. 20 D. L.11 aprile 1947, n. 242) — come un ricorso di natura amministrativa sì, ma pur sempre *extra juris ordinem*, per quanto regolato da un complesso di norme procedurali abbastanza dettagliate. Si trattava cioè di un mezzo, il quale, non ostante la sua natura di ricorso amministrativo disciplinato dalla legge, non appariva tuttavia chiamato a esplicare la funzione propria dei rimedi ordinari, e cioè una funzione riparatoria, l'interesse alla cui perfetta realizzazione fosse giuridicamente garantito.

Tale carattere gli era sempre stato ovviamente estraneo in relazione all'impugnativa degli atti lesivi di diritti soggettivi, in ordine ai quali

---

per analogia col ricorso per cassazione (così qualificato dall'art. 465 c. p. c. 1865), in quanto entrambi consentiti per soli vizi di legittimità (TIEPOLO, *La giustizia amministrativa e il decentramento*, in *Giust. amm.*, 1892, IV, pag. 91; ORLANDO, *op. cit.*, pag. 689; CAMMEO, *op. cit.*, pag. 617; così anche ZANOBINI, *op. cit.*, II, pag. 78). Dalla spiegazione accolta nel testo non discostano invece sostanzialmente BORSI, *op. cit.*, pag. 84; GUICCIARDI, *op. cit.*, pag. 111; PORTA, *op. cit.*, pag. 118.

(10) V., per es., Cons. di Stato, IV sez., 8 giugno 1894, in *Giur. it.*, 1894, III, 308.

il rimedio del ricorso straordinario — come in genere quello di tutti i ricorsi amministrativi — era sempre stato considerato un mezzo *extra ordinem*, facoltativo, e non soggetto a regole di alternatività. In relazione poi all'impugnativa degli atti lesivi di interessi legittimi, dalla sua remota origine di istanza in via di grazia, riconsacrata, in fondo, in rinnovato spirito, nel carattere di rimedio alternativo con quello giurisdizionale — al quale la sua proposizione implicava la rinuncia—, derivava infatti all'istituto del ricorso straordinario che il ricorrente non potesse vantare un interesse giuridicamente rilevante, e come tale fornito di una qualche tutela — sia pure indiretta e occasionale —, in relazione alla sostanza della decisione.

Se la legge per le questioni di diritti soggettivi considerava il ricorso straordinario come un mezzo non determinante, e per le questioni di interessi legittimi lo considerava come un mezzo concesso soltanto contro atti nei confronti dei quali non fosse ormai più consentito alcun rimedio fornito di garanzie giuridiche, o nei confronti dei quali gli interessati avessero ormai rinunciato all'esercizio dei rimedi di tal genere consentiti, e se, appunto e soltanto in conseguenza di ciò, importava l'impossibilità di gravame in qualsiasi sede avverso il contenuto della sua pronuncia, appare evidente che, una volta che tale pronuncia non fosse stata di soddisfazione del ricorrente, questi non avrebbe mai potuto lamentare in alcuna sede la lesione di un interesse giuridicamente rilevante in ordine alla sostanza della decisione.

In tanto un interesse ha rilevanza giuridica — per assumere di volta in volta la veste di diritto soggettivo o di interesse legittimo — in quanto l'ordinamento lo faccia oggetto di una qualche considerazione, sia pure indiretta e occasionale. Allorchè invece venga in questione un interesse in relazione alla cui soddisfazione l'ordinamento rimanga indifferente, esso non può esser considerato nè diritto soggettivo, nè interesse legittimo. Tale è la situazione di tutti gli interessi di fatto, anche se si tratti di interessi differenziati (si pensi, ad es., all'interesse che può avere ciascun frontista alla manutenzione del tratto di strada antistante la propria abitazione, e all'interesse di ciascun impiegato a che l'ente da cui dipende non faccia uso contrario alle regole di buona amministrazione della potestà di trasferirlo in una sede poco gradita). E tale è inevitabilmente la situazione degli interessi in ordine alla cui tutela il titolare abbia fatto rinuncia alle ordinarie guarantigie giuridiche, o ne sia decaduto, confidando la propria difesa ai soli rimedi *extra ordinem*.

7. Una pretesa a tutela giuridica il ricorrente in via straordinaria poteva tuttavia vantare in ordine all'obbligo dell'amministrazione a decidere sul ricorso, e in ordine al rispetto delle norme relative ai limiti del potere di decisione (esteso alla legittimità e non anche al merito), e al modo dell'esercizio di esso (procedura, forma, motivazione, partecipazione del ministro competente, ecc.).

Dagli obblighi imposti all'amministrazione dai principi generali e dalle norme procedurali espressamente emanate a tal riguardo derivano infatti al ricorrente in via straordinaria degli interessi, ai quali — in mancanza di norme da cui potesse manifestamente risultare, come per quelli relativi alla sostanza della decisione, la esclusione di una loro protezione giuridica — non poteva esser negata la qualifica di legittimi, in quanto ricevevano una protezione immediata, se pure indiretta, dall'ordinamento. Se quegli obblighi erano stati infatti predisposti dal legislatore nell'interesse pubblico a che fosse garantito l'effettivo funzionamento del mezzo del ricorso straordinario, ne derivava un indiretto vantaggio — del genere proprio degli interessi legittimi — a chi avesse eletto la via di tale mezzo.

In questa direzione si è sempre più chiaramente venuta orientando la giurisprudenza, la quale, se, in applicazione del principio della alternatività enunciato nell'art. 34 T. U. sul Consiglio di Stato, non ha mai ammesso il ricorso giurisdizionale per vizi attinenti al contenuto delle decisioni sul ricorso straordinario, non ha tuttavia ritenuto estensibile la regola della inammissibilità anche al diniego di provvedere sul ricorso (11), e alle decisioni difettose nella procedura e nella forma (12) (13), con ciò implicitamente riconoscendo la lesione di un interesse legittimo al rispetto delle norme poste a tal proposito dal legislatore (14).

---

(11) V. Cons. di Stato, V. sez., 13 maggio 1948, n. 274, in *Foro amm.*, 1948, I, 2, 284.

(12) V., per es., Cons. di Stato, IV sez., 11 marzo 1942, in *Giur. it.*, 1942, III, 120; 19 novembre 1940, *ivi*, 1941, III, 114; 31 marzo 1939, *ivi*, 1940, III, 36; V sez., 26 aprile 1940, in *Foro amm.*, 1940, I, 2, 173; parere 5 giugno 1941, in *Riv. amm.*, 1941, 729. Per indicazioni di giurisprudenza meno recente, v. CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, note 45 e 46, presso il quale v. anche, *sub* note 1 e 39, indicazioni relative al più antico orientamento in senso contrario.

(13) Giustamente in dottrina è stata segnalata anche l'ammissibilità del ricorso al Consiglio di Stato avverso un decreto di decisione di ricorso straordinario che abbia sindacato nel merito, anzi che nella legittimità, il provvedimento impugnato (MORTARA, *Commentario del codice delle leggi di procedura civile*, Milano, 1911, I, pag. 462; BORSI, *op. cit.*, pag. 96; CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, pag. 49 seg.). In un caso di tal genere il difetto non inerisce infatti al contenuto della pronuncia, ma ai limiti della potestà dell'autorità decidente.

(14) In tal senso, ove si eccettui il RAGNISCO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1937,

8. I concetti svolti sono decisivi ai fini della soluzione del problema considerato.

In relazione alla prima delle obbiezioni sollevate contro l'ammissibilità attuale del ricorso straordinario — quella secondo cui non sarebbe configurabile una competenza del Presidente della Repubblica fuori dei casi contemplati nella Costituzione — è facile rispondere prendendo le mosse dalla natura amministrativa della pronuncia sul ricorso straordinario.

In ordine alla premessa su cui poggia l'argomentazione riferita, due sono le soluzioni possibili; ma nessuna di esse importa la grave conclusione della inammissibilità del ricorso straordinario. O si ritiene infatti esatta l'affermazione che al Presidente della Repubblica non possono esser riconosciute altre competenze di natura amministrativa al di fuori di quelle indicate nell'art. 87 cost.: e in tal caso, una volta ammesso che, in mancanza di altre norme, le competenze di natura amministrativa siano da attribuire al Governo in base all'art. 95 cost., bisogna ritenere che la potestà di natura amministrativa di decidere dei ricorsi straordinari sia passata dal Capo dello Stato al Governo (15). O si ritiene — come sembra più corretto — che l'art. 87 cost. non abbia altra funzione che quella di rivestire di garanzia costituzionale alcune delle competenze presidenziali, e si riconosce che, in mancanza di altre norme, le competenze di natura amministrativa già spettanti al Re siano da considerare trasferite al Presidente della Repubblica (16): e in tal caso bisogna giungere alla conclusione che la decisione dei ricorsi straordinari competa oggi al Presidente della Repubblica, sottentrato al Re nella posizione di Capo dello Stato.

Comunque, quale che voglia essere la soluzione particolare in ordine alla autorità competente alla pronuncia, è evidente che, una volta riconosciuta la natura amministrativa del ricorso straordinario — ed escluso quindi che la sua decisione rappresentasse in passato una prerogativa propria del monarca in quanto tale —, in nulla il mutamento della forma istituzionale dello Stato possa incidere sull'ammissibilità del ricorso.

---

pag. 383, può considerarsi concorde la più recente dottrina. V. per tutti CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, pag. 46 segg., e presso di lui indicazioni.

(15) In tal senso infatti MORTATI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1949, pag. 408.

(16) Cfr. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, IV, pag. 237.

9. In ordine poi alla seconda delle obbiezioni contro l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica — quella secondo cui l'ammissione di esso nei suoi caratteri tradizionali sarebbe in contrasto con l'art. 113 della costituzione, in base al quale nessun atto amministrativo lesivo di diritti e di interessi legittimi potrebbe essere sottratto al controllo giudiziario —, è facile rispondere prendendo le mosse dalla natura di mezzo *extra iuris ordinem*, sprovvisto delle caratteristiche proprie del rimedio assistito da guarantigie giuridiche, che fu sempre propria del ricorso straordinario.

Se è vero che il contenuto della decisione di un ricorso straordinario contro atti lesivi di interessi legittimi, la quale non soddisfi alle richieste del ricorrente, non potrà mai ledere essa stessa un interesse legittimo, in quanto, come si è visto, nessun interesse legittimo il ricorrente può vantare in ordine alla sostanza della decisione del ricorso, è chiaro che la regola tradizionale della non impugnabilità giurisdizionale per vizi attinenti al contenuto dei decreti di decisione di ricorsi straordinari non contrasta affatto con l'art. 113 della costituzione, il quale non riguarda tutti gli atti amministrativi, ma soltanto quelli che abbiano leso un diritto o un interesse legittimo, e comunque non è destinato a proteggere le situazioni alla cui tutela in via giuridica si sia rinunciato, o in relazione alle quali si sia decaduti dal potere di avvalersi dei mezzi di garanzia giuridica. Ove così non fosse, bisognerebbe giungere alla inaccettabile conclusione — certo al di là della meta propostasi da chi ha affacciato la tesi che si combatte — che con l'art. 113 cost. sarebbero in contrasto tutte quelle norme, le quali comunque prevedano dei termini di decadenza per l'impugnativa di atti amministrativi.

Per quanto poi riguarda le decisioni sui ricorsi straordinari contro provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, basterà ricordare che l'esperimento del ricorso straordinario, o di qualsiasi altro ricorso amministrativo, contro tali provvedimenti, non è mai stato considerato preclusivo del controllo giudiziario. Ciò importa che anche sotto tale profilo i principi tradizionali relativi al ricorso straordinario non sono affatto incompatibili col principio enunciato nell'art. 113 cost., secondo cui nessun atto amministrativo lesivo di diritti soggettivi può essere sottratto al sindacato giudiziario.

10. In ordine alla ammissibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato nel vigente ordinamento ha infine notevole rilievo un argomento di diritto positivo.

L'art. 23 dello statuto siciliano, oggi legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, prevede espressamente l'istituto del ricorso straordinario. E l'analisi storica relativa a tale norma costituzionale dimostra chiaramente che il suo intento non fu certo quello di derogare a un principio generale di diritto costituzionale, il quale escludesse il ricorso straordinario. La legge costituzionale n. 2, votata dall'Assemblea costituente, non fece altro, che confermare, senza nessuna modificazione, lo statuto approvato col R. D. L. 15 maggio 1946, n. 455, in un momento in cui nessuno poteva dubitare dell'ammissibilità del ricorso straordinario.

Se la norma costituzionale contenuta nell'art. 23 fu resa necessaria da un intento derogatorio, la deroga non volle dunque esser minimamente esercitata nei confronti di un preteso generale principio di inammissibilità del ricorso straordinario. Mediante quella norma si intese invece derogare soltanto alla generale competenza del Capo dello Stato in ordine alla decisione dei ricorsi straordinari, trasferendo da lui al Presidente della Regione la potestà di decisione dei ricorsi straordinari contro atti amministrativi regionali. E con ciò si confermò la regola generale della ammissibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato per gli altri atti amministrativi definitivi.

L'avocazione alla G.P.A. dei ricorsi elettorali amministrativi

Pubblicato in

*Rassegna di Diritto Pubblico**
Napoli, 1953, pp. 105-114

* Estratto con paginatura autonoma

1. — In base al 4° comma dell'art. 74 del t. u. 5 aprile 1951, n. 203 — norma che, come è noto, si applica, oltre che ai Consigli comunali, anche a quelli provinciali (art. 2 legge 18 maggio 1951, n. 328) —, ove i Consigli stessi non provvedano sui ricorsi avverso le elezioni dei proprî membri entro due mesi dalla notifica di essi, « ne è investita, su istanza degli interessati, la Giunta provinciale amministrativa, che, in tal caso, deve provvedere entro un mese dalla avocazione degli atti al suo giudizio ».

L'istituto dell'avocazione alla G.P.A. dei ricorsi elettorali amministrativi sui quali i Consigli degli enti locali delle cui elezioni si tratti non si siano pronunciati in tempo conveniente non è nuovo. Esso risale alle leggi comunali e provinciali anteriori alla soppressione delle elezioni amministrative (art. 279 t. u. del 1908; art. 322 t. u. del 1915); e ha la sua giustificazione nella necessità di un temperamento ai naturali indugi cui i Consigli — in un certo senso giudici in causa propria — sono fatalmente portati a propendere nella decisione dei ricorsi che involgano la sorte della maggioranza o dei suoi esponenti (v. la Relazione minist. alla Camera dei deputati alla legge com. e prov. del 1894, riportata da MAZZOCOLO, *La nuova legge com. e prov.*, 6ª ed., Milano 1912, 766 sg.).

Si ha qui una vera e propria sostituzione di un ufficio a un altro nell'esercizio di una potestà originariamente di spettanza del secondo. E siccome si tratta di potestà giurisdizionale, e il nostro ordinamento non ammette il contemporaneo esercizio di una medesima potestà giurisdizionale da parte di due distinti organi, è evidente che l'investitura della G.P.A. della questione importa automaticamente il venir meno in ordine a questa della potestà del Consiglio comunale o

provinciale. La potestà di quest'ultimo in materia e cioè condizionata. Essa viene meno nel momento in cui la questione sia avocata alla G.P.A.. E da tale momento questa è l'unico organo competente in materia.

2. — Il presupposto perchè l'avocazione possa aver luogo è l'inerzia del giudice di competenza ordinaria.

Vari sono stati gli orientamenti in ordine a ciò che debba intendersi, sotto tale riguardo, per inerzia. La giurisprudenza più antica (Cons. di Stato, IV sez., 29 dicembre 1896, n. 950; 5 novembre 1897, n. 406; 20 aprile 1900, n. 185; 8 giugno 1900, n. 243; App. Napoli, 2 febbraio 1906, citt. da MAZZOCCOLO, *op. cit.*, 767) generalmente non ritenne che essa sussistesse allorchè il giudice adito avesse comunque emesso una pronuncia, sia pure soltanto interlocutoria (escluse peraltro che potessero operare a tal fine le decisioni interlocutorie aventi chiaramente scopi dilatatori e defatigatori: v. citazioni in MAZZOCCOLO, *op. cit.*, nota 9 a p. 768). Di recente invece la Corte di cassazione si è manifestata nel senso che il termine per l'avocazione non possa essere interrotto da pronuncie istruttorie, « quali che siano le esigenze che le determinano ». Ciò sul presupposto che « la legge considera preminente la necessità di definire in breve la situazione dei consiglieri eletti, per assicurare il regolare funzionamento delle Amministrazioni » (Sez. un., 17 dicembre 1947, n. 1685, in *Foro it.*, 1948, I, 309; in tal senso v., nella giurisprudenza più antica, Cons. di Stato, IV sez., 22 ottobre 1897, n. 379, in *Giust. amm.*, 1897, 567).

Quest'ultimo è però un orientamento il quale appare eccessivo, in quanto fa poco conto dei casi in cui una certa istruttoria può essere indispensabile, o, quanto meno, consigliabile. È certamente più logico il ritenere che la interruzione dei termini abbia luogo sempre che il Consiglio comunale o provinciale adito provveda in qualche modo sul ricorso, sia pure interlocutoriamente. Il 4° comma dell'art. 74 del t. u. n. 203 del 1951 non esige infatti che entro due mesi il Consiglio adito decida definitivamente il ricorso, bensì soltanto che provveda sul ricorso: e anche una pronuncia interlocutoria rappresenta un provvedere sul ricorso (in tal senso sembra orientata la decisione del Consiglio di Stato, V sez., 9 giugno 1951, n. 534, in *Racc. giur. Cons. di Stato*, 1951, 700).

Naturalmente, come ogni norma, quella in questione va interpretata anche alla stregua dei criterî sistematici, e alla luce dello spirito informatore della legislazione. Dato quindi che l'avocazione è istituzionalmente volta a prevenire maliziose lungaggini processuali, è evidente che non si possa indulgere a eventuali provvedimenti interlocutori d'intento puramente dilatorio. Ove si presentasse il caso di provvedimenti di tal fatta, legittimamente la G.P.A — alla quale è da ritenere rimessa la valutazione delle circostanze — farebbe quindi luogo all'avocazione.

3. — La disposizione del 4° comma dell'art. 74 del t. u. 5 aprile 1951, n. 203 — la quale risale all'art. 54 del decr. legisl. 7 gennaio 1946, n. 1 — ha introdotto una notevole innovazione nell'antico sistema. Come in base a quello — secondo l'interpretazione più attendibile (MAZZOCCOLO, *op. cit.*, 768; FAGIOLARI e PRESUTTI, *Comm. sistem. alla nuova legge com. e prov.*, I, Roma 1914, 443 sg.; Cons. di Stato, V sez., 10 giugno 1910, in *Giust. amm.*, 1910, 452; App. Napoli 31 luglio 1907, *ivi*, 1907, III, 375; *contra* Cass., 9 gennaio 1908, *ivi*, 1908, III, 9) —, così in base al sistema attuale la G.P.A non è, allo scadere dei due mesi, investita di diritto dei ricorsi (Cass. 17 dicembre 1947, n. 1695 cit.; Cons. di Stato, V sez., 9 giugno 1951, n. 534 cit.); tuttavia, mentre in base al vecchio sistema la G.P.A. aveva il potere di richiamare di propria iniziativa a sè i ricorsi, in base al sistema in vigore l'avocazione non può aver luogo se non a seguito di istanza degli interessati.

Contrariamente a quanto è stato ritenuto dalla giurisprudenza (Cass., 17 dicembre 1947, n. 1695 cit.; 26 febbraio 1948, n. 310, in *Foro it.*, Rep. 1948, voce *Elezioni amm. e pol.*, n. 100; Cons. di Stato, V sez., 9 giugno 1951, n. 534 cit.; App. Napoli, 13 gennaio 1953, in *Foro it.*, 1953, I, 1010), questa innovazione non può significare peraltro che, mentre prima il trasferimento di potestà dal Consiglio comunale o provinciale alla G.P.A. era condizionato a un atto di questa (provvedimento di avocazione), ora sarebbe condizionato puramente e semplicemente a una istanza degli interessati — la cui prestazione avrebbe perciò l'efficacia di investire automaticamente la G.P.A. della potestà di decidere, spogliandone in pari tempo il Consiglio comunale o provinciale (1). Una attenta valutazione comparativa della vecchia e della nuova norma convince infatti che, come in

base alla prima, così anche in base alla seconda la fattispecie costitutiva del trasferimento della potestà di decisione dall'un organo all'altro è rappresentata unicamente da un provvedimento della G.P.A.

La vecchia norma disponeva che, in mancanza della decisione consiliare entro due mesi dalla notificazione del ricorso, « vi provvede la Giunta provinciale amministrativa »: e, pur non parlando essa espressamente di « avocazione », la regola venne correttamente interpretata nel senso che il trasferimento di potestà non avesse luogo automaticamente allo scadere dei due mesi, ma avesse luogo soltanto in virtù di un formale provvedimento di avocazione da parte della G.P.A, da partecipare al Consiglio negligente (MAZZOCCOLO, *op. cit.*, 768; FAGIOLARI e PRESUTTI, *loc. cit.*). La nuova regola prevede invece espressamente un provvedimento di avocazione da parte della G.P.A.. Essa cioè ha dato — sotto questo profilo — consacrazione legislativa alla interpretazione giurisprudenziale della regola vecchia.

Anche nel meccanismo della regola nuova l'effetto del trasferimento di competenza rimane commesso — come in quello della regola antica — al provvedimento di avocazione. Quanto all'iniziativa di parte, essa assume puramente e semplicemente la funzione di *presupposto* del provvedimento di avocazione — il quale, come si è detto, rappresenta il *fatto costitutivo* dell'effetto del trasferimento di potestà. In base al vecchio sistema era discusso come e da chi dovesse esser promossa l'avocazione (FAGIOLARI e PRESUTTI, *op. cit.*, I, 444); il nuovo sistema ha voluto risolvere il problema, demandando tale compito ai privati interessati. Questa è tutta la funzione dell'innovazione: per il resto il sistema è rimasto immutato.

---

(1) La decisione del Consiglio di Stato 5 giugno 1951 n. 534 cit. ha ritenuto che l'istanza in questione debba avere come destinatari non soltanto il giudice *ad quem*, ma anche quello *a quo*, « nel senso che intanto si produce l'effetto avocatorio rispetto al giudice *ad quem* (mediante presentazione dell'istanza allo stesso), in quanto esso si produca anche rispetto al giudice *a quo* (mediante analoga presentazione, subordinata per la sua efficacia alla condizione che il Consiglio comunale non abbia provveduto) ». « Come per investire il Consiglio comunale occorre il deposito del ricorso presso l'ufficio di segreteria del Comune, così per spodestarlo occorrerà il deposito di un atto di parte del ricorrente che ritiri il ricorso e ne deferisca la cognizione alla G.P.A. ». Una tale procedura non trova però alcuna rispondenza nel testo della legge, il quale prevede puramente e semplicemente una istanza alla G.P.A. (« ne è investita, su istanza degli interessati, la G.P.A. »). Per la confutazione della tesi del Consiglio di Stato, v. App. Napoli 13 gennaio 1953 cit.

Del resto ciò è pienamente logico. L'interpretazione corretta del vecchio sistema si era preoccupata di far dipendere il passaggio di attribuzioni dall'un giudice all'altro da un formale provvedimento di questo, e non da un mero fatto esterno, quale il decorso del tempo. Tale logica esigenza non sarebbe stata rispettata nel nuovo sistema, qualora questo avesse inteso collegare il passaggio di competenza alla semplice istanza degli interessati — che è pur essa un fatto esterno rispetto all'autorità della cui competenza si tratta.

La legge d'altronde non prevede alcuna notificazione dell'istanza al Consiglio negligente; nè collega a una tale notificazione il venir meno della competenza di questo: dunque una tale notificazione non può esser pretesa. Ora, sarebbe inspiegabilmente incongruente che il legislatore avesse voluto collegare il venir meno della competenza giurisdizionale di un organo a un fatto a questo completamente ignoto — sì che l'organo stesso non sarebbe nemmeno informato del venir meno della propria competenza. È evidente quindi che il trasferimento di potestà non può collegarsi puramente e semplicemente all'istanza di avocazione.

È infine da tener presente che un sano criterio logico impone di interpretare i testi legislativi nel senso che meno si discosti dalla tradizione, e intendendo le innovazioni — salvo che risulti altrimenti — come volte più che altro a superare le difficoltà sorte nell'applicazione dei testi innovati. Anche tale principio conforta nella convinzione della conservazione degli elementi strutturali fondamentali del vecchio sistema.

Non diversamente che prima della ventennale soppressione dell'elettorato amministrativo, il trasferimento dei poteri di giudice delle questioni elettorali dai Consigli comunali e provinciali alla G.P.A. avviene dunque anche ora in virtù di un provvedimento di quest'ultimo organo. L'unica differenza è che, mentre in passato tale provvedimento, anche se normalmente eccitato da una denuncia privata, veniva adottato *ex officio,* ora non può venire adottato se non su sollecitazione privata.

4. — L'istanza privata però — dopo quanto si è detto — non può essere considerata come atto introduttivo del giudizio (v. al riguardo le perplessità delle decisioni Cons. di Stato, V sez., 9 giugno

1951 n. 534 cit., e App. Napoli 13 gennaio 1953 cit.). Essa non abbisogna perciò di alcuna delle formalità degli atti introduttivi del giudizio amministrativo, e cioè dei ricorsi.

Come si è visto, essa non deve essere notificata; nè quindi ne è prescritto il deposito entro rigorosi termini di decadenza dalla notificazione che eventualmente se ne sia fatta. L'istanza è soltanto l'essenziale presupposto perchè la G.P.A. possa porre in essere quel peculiare e anomalo provvedimento di introduzione d'autorità del processo, che è l'atto di avocazione. Qui cioè il giudizio amministrativo innanzi alla G.P.A. non ha inizio con un ricorso, bensì con un provvedimento dell'ufficio, il quale ha a proprio presupposto un'istanza privata (che non funge quindi da atto introduttivo). Prima del provvedimento di avocazione da parte della G.P.A. il giudizio innanzi a quest'organo infatti non esiste; e soltanto con tale provvedimento rimane instaurato (il fenomeno è eccezionale, ma non unico nel nostro ordinamento: anche il Commissario per la liquidazione degli usi civici può instaurare d'ufficio il procedimento giurisdizionale: art. 29 legge 16 giugno 1927 n. 1766).

5. — Ciò comporta la necessità che il provvedimento di avocazione — a differenza dall'istanza dell'interessato volta a suscitarlo —, da un lato, deve essere portato a conoscenza del Consiglio comunale o provinciale — il quale da esso viene a essere spogliato della competenza —; e, dall'altro, deve esser notificato alle parti del giudizio elettorale primieramente instaurato innanzi al Consiglio comunale o provinciale — le quali dal momento dell'avocazione sono tenute a far valere le proprie ragioni non più innanzi al giudice inizialmente adito, ma innanzi alla G.P.A., e appunto perciò devono esser messe a conoscenza della data in cui la causa verrà trattata nella nuova sede.

Sotto quale data opera il trasferimento delle attribuzioni dall'un giudice all'altro? Non par dubbio che, siccome istituzionalmente non può sussistere in ordine alla medesima questione la contemporanea competenza di due organi giurisdizionali di differenti attribuzioni, e siccome non è possibile ritenere che l'ordinamento abbia voluto che un organo dotato di potestà giurisdizionale perda tale potestà senza riceverne notizia, sembra che l'unica risposta da dare a tal riguardo — in una materia nella quale così pochi lumi è dato trarre dai laco-

nici testi — sia che quel trasferimento operi dal momento in cui il Consiglio comunale o provinciale abbia ricevuto legale comunicazione, da parte dell'autorità avocante, del provvedimento di avocazione. Il che comporta che prima di tale momento la G.P.A. non può legittimamente decidere in materia. E appunto da tale momento decorre il mese entro cui la legge dispone che la Giunta decida (2).

6. — Rimane ora a chiedersi in quale forma la G.P.A. provveda all'avocazione.

È evidente che il provvedimento non possa consistere in una decisione. Si tratta, come si è visto, dell'atto introduttivo e non dell'atto conclusivo di un giudizio. Per di più, nonostante che abbia a suo necessario presupposto un atto di iniziativa privata, esso rimane pur sempre un provvedimento proprio dell'ufficio — nel senso che tocca all'ufficio di determinare se adottarlo o no. Dato poi che esso non viene preso in contraddittorio delle parti, è evidente che non possa trattarsi neppure di un'ordinanza. È fuori dubbio quindi che non possa essere se non un decreto.

A chi spetta l'emanazione di tale decreto? Al collegio o al presidente della G.P.A.?

La legge non dà al riguardo lumi sicuri. È vero che il 4° comma dell'art. 74 dispone che la G.P.A. « deve provvedere entro un mese dalla avocazione degli atti al suo giudizio », e che « avocazione » significa richiamo a sè (*ad-vocatio*) da parte di un'autorità: per modo che, siccome l'autorità di cui tratta la norma in questione è la G.P.A., se ne potrebbe voler dedurre che la norma stessa, nel parlare di « avo-

---

(2) A torto la decisione del Cons. di Stato, V sez., 9 giugno 1951, n. 534, più volte ricordata, ritiene invece che tale termine decorra dal momento in cui il Consiglio comunale o provinciale abbia trasmesso gli atti alla G.P.A. Tale punto di vista è in evidente contrasto col testo legislativo, e si presterebbe a favorire l'ostruzionismo dei Consigli. La G.P.A. deve fissare nel provvedimento di avocazione il termine entro cui il Consiglio *a quo* è tenuto a farle pervenire gli atti — termine il quale deve, sì, esser congruo, ma deve a ogni modo esser tale da consentire alla G.P.A. di decidere il ricorso entro il mese concessole dalla legge. Ove poi il Consiglio comunale o provinciale non provveda entro quel termine, è antica giurisprudenza che il Prefetto possa a tal fine inviare un proprio commissario, ai sensi dell'art. 19 t. u. com. e prov. (Cons. di Stato, IV sez., 5 novembre 1897, n. 405, ricordata da Mazzoccolo, *loc. cit.*). Al che non si oppone la circostanza che i Consigli comunali e provinciali decidono i ricorsi elettorali in veste giurisdizionale: come si è visto, infatti, la loro potestà vien meno una volta intervenuta l'avocazione.

cazione », abbia inteso appunto riferirsi a un atto della Giunta nella sua normale composizione. Un tale argomento fa però eccessivo affidamento nella perfezione del linguaggio legislativo. Nè va trascurato che sono frequenti i casi in cui il legislatore nel menzionare un organo a struttura complessa intende far riferimento unitariamente a tale organo, in modo comprensivo di tutti i singoli organi componenti di cui consta.

In dottrina la tesi della competenza presidenziale è stata autorevolmente sostenuta (CARUSO-INGHILLERI, *I ricorsi alla G.P.A.*, ecc., in *Riv. dir. pubbl.* 1910, I, 69; FAGIOLARI e PRESUTTI, *loc. cit.*), ma senza il conforto di alcun argomento.

La soluzione esatta sembra tuttavia quella della competenza collegiale (cfr. Cons. di Stato, V sez., 29 febbraio 1908 n. 73, in *Giust. amm.*, 1908, 601). Ciò per la semplice considerazione che, allorquando una norma attribuisca una certa competenza a un organo composto, senza specificare a quale degli organi componenti abbia inteso riferirsi, e senza che ricorrano ragioni sistematiche che importino una deroga alla regola generale, è da intendere che tale competenza sia attribuita a quello degli organi componenti che rappresenta la normale espressione dell'organo composto: e per la G.P.A. è fuori discussione che esso sia il collegio. I poteri del presidente sono espressamente determinati dalla legge, e sono tutti rivolti all'ordine del processo (artt. 10, 12, t.u. 26 giugno 1924 n. 1058; art. 2 sg., 29, 30, 47, 49, 52, 53, 56, 57 reg. 17 agosto 1907 n. 643). È vero che l'art. 14 ult. comma del t. u. n. 1058 del 1924, nel testo formulato dalla legge 8 febbraio 1925 n. 88, dispone che « i provvedimenti istruttori preliminari alla discussione del ricorso possono anche essere disposti dal presidente, nei modi stabiliti dal regolamento »: ma, a parte il fatto che la disposizione si riferisce a tutt'altra ipotesi (provvedimenti istruttori in vista della decisione), è da tener presente che il regolamento di esecuzione di essa non è stato finora emanato, per cui la disposizione stessa è da considerare per ora inoperante.

Nè è il caso di richiamarsi, per analogia, al 2° comma dell'art. 28 reg. 17 agosto 1907 n. 612 per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, il quale dispone che « nelle vertenze elettorali, indipendentemente dall'accordo delle parti, le prefetture, su semplice richiesta del presidente della sezione (quinta) devono tra-

smettere i verbali delle elezioni, le schede contestate e gli altri documenti che possano occorrere al giudizio ». È evidente infatti che la norma in questione si riferisce a una pura e semplice richiesta di documenti a fine istruttorio, mentre nel caso in esame si tratta di adottare un vero e proprio provvedimento, per di più di natura straordinaria.

La necessità della pronuncia collegiale trova del resto piena giustificazione, quando si rifletta alla grave importanza del provvedimento in questione, e alla notevole anomalia che esso rappresenta nel sistema. Per di più esso comporta la necessità di accertamenti di circostanze le quali possono anche esser contestate, e può implicare la necessità della soluzione di notevoli questioni (decorso o meno dei termini prescritti per l'avocazione; sussistenza o meno di una decisione del Consiglio adito; giustificabilità dei provvedimenti interlocutori adottati da questo; ecc.): tutto ciò può comportare il bisogno di una certa istruttoria prima di decidere se procedere o meno all'avocazione. E, nel silenzio della legge, sarebbe in contrasto col sistema far decidere tali importanti casi dal presidente anzi che dal collegio.

7. — Una volta intervenuto il decreto di avocazione da parte del collegio, sarà poi il presidente, in conformità di un principio di generale applicazione per gli organi collegiali, e in analogia con quanto avviene nella procedura ordinaria innanzi alla G.P.A., che fisserà l'udienza di trattazione del ricorso, attenendosi alla necessità che questo venga deciso entro un mese dall'avocazione (art. 24, 4° comma cit.), e avvalendosi a tal fine anche della potestà — concessa dall'art. 2 reg. proc. G.P.A. s.g., e purtroppo tanto di rado utilizzata in pratica — di fissare udienze straordinarie. Dato che, come si è illustrato, la funzione introduttiva del giudizio spetta appunto al provvedimento di avocazione, e quindi non a un atto di parte, sembra poi naturale, che la emanazione del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza abbia luogo d'ufficio, e non su istanza di parte, in difformità di quanto dispone, nei casi ordinari, l'art. 12 t. u. G.P.A. s.g.

Del pari sarà il presidente — sempre in applicazione del richiamato principio generale relativo agli organi collegiali, che vuole deferita al presidente l'attuazione pratica delle determinazioni di essi — a comunicare il decreto di avocazione al Consiglio comunale o provinciale.

Quanto alla notificazione del decreto di fissazione di udienza alle parti in causa, è da ritenere che esso conservi il carattere di atto di parte, nulla opponendosi — una volta intervenuto e divenuto operante il provvedimento di avocazione — a che trovi anche qui applicazione l'interpretazione usuale — per quanto non indiscussa (v., da ultimo, BENVENUTI, *Notificazione, o comunicazione del decreto di fissazione d'udienza nel processo avanti alla G.P.A.?* in *Giur. it.* 1953, III, 34) — che la giurisprudenza dà all'art. 12 t.u. G.P.A. s.g., secondo cui la notificazione di tale decreto è atto di parte (v. da ultimo Cons. di Stato, V sez., 11 novembre 1949 n. 966, in *Foro amm.* 1950, I, 2, 122).

Sulla natura del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*

Pubblicato in

Studi in onore di G. M. De Francesco
Milano, 1957, pp. 591-601

Giustizia Civile
Milano, 1955, I, pp. 1584-1589

* *Nota* a Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1955 n. 2994; la massima è riportata alla pagina seguente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE: 11 OTTOBRE 1955 N. 2994; PRES. EULA P.P., EST. TORRENTE, P. M. DE MARTINI (CONCL. CONF.); CANNARELLA (AVV. RASELLI) C. ASSESSORE AGRICOLTURA E FORESTE DELLA REGIONE SICILIANA (AVV. DELLO STATO), E.R.A.S. (AVV.TI SANTORO-PASSARELLI, M.S. GIANNINI, ANDRIOLI), REGIONE SICILIANA (AVV.TI SELVAGGI, G. GUARINO).

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana non ha natura di giurisdizione speciale, ma di Sezione del Consiglio di Stato.

In una recente importante sentenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (11 ottobre 1955, n. 2994, Pres. Eula, Est. Torrente) hanno per la prima volta fatto oggetto di esame la natura del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (1).

1. L'art. 23 dello statuto di tale Regione (legge costituzionale 26 febbraio 1948 n. 2), dopo aver detto che « gli organi giurisdizionali *centrali* avranno in Sicilia le rispettive *sezioni* per gli affari concernenti la Regione », specifica: « Le sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti svolgeranno altresì le funzioni, rispettivamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile ».

Si tratta di norme organizzatorie a efficacia differita, aventi a destinatario il legislatore ordinario. Per quanto riguarda la Corte di Cassazione, il decentramento previsto dall'art. 23 non ha avuto finora attuazione. Per quanto riguarda la Corte dei conti esso ha avuto attuazione col decreto legislativo 6 maggio 1948 n. 655, sulla « istituzione di sezioni della Corte dei conti per la Regione Siciliana ».

Per quanto riguarda il Consiglio di Stato, è intervenuto il decreto legislativo 6 maggio 1948 n. 654, intitolato « norme per l'esercizio nella Regione Siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato », il quale ha istituito in Palermo un « Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana », dicendo all'art. 1 che esso « esercita le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle sezioni

---

(1) In dottrina, v. LANDI, *Profili e problemi della giustizia amministrativa in Sicilia,* Milano, 1951, pp. 26 seg., 49 seg., 108 seg.; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.,* 3ª ed., Napoli, 1955, 517. La sentenza dalla quale si prendono le mosse è pubblicata in *Giust. civ.,* 1955, I, 1584.

Il presente scritto era già composto allorquando è stato pubblicato sulla *Riv. amm.,* 1955, 305 segg., lo studio di C. BOZZI, *Consiglio di giustizia amm., Consiglio di Stato e Costituzione,* del quale purtroppo non si è potuto tener conto. Secondo tale saggio — anteriore alla pubblicazione della citata sentenza della Cassazione — nel Consiglio di giust. amm. sarebbero identificabili le « sezioni del Consiglio di Stato » previste dall'art. 23 st. sic.

regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello statuto della Regione Siciliana ».

Mentre le sezioni della Corte dei conti decentrate in Sicilia hanno inequivocabilmente le caratteristiche strutturali di *elementi* dell'alto consesso di controllo e giurisdizione contabile, e sono costituite esclusivamente di magistrati della Corte dei conti, il Consiglio di giustizia amministrativa nè viene designato nella legge istitutiva come « sezione » del Consiglio di Stato, nè risulta composto di soli magistrati di quest'ultimo consesso.

Ciò ha fatto sorgere la questione — sollevata dai ricorrenti nel giudizio deciso con la riferita sentenza della Cassazione — se nell'istituire tale nuovo organo il legislatore sia incorso in violazione (costituzionale) dell'art. 23 dello statuto siciliano.

2. È da tener presente che la ripetuta norma costituzionale, nel prevedere, tra l'altro, l'istituzione in Sicilia di *sezioni* del Consiglio di Stato, non dispone affatto che le attribuzioni del Consiglio di Stato non possano esser modificate, vuoi con riferimento a tutto il territorio dello Stato, vuoi con riferimento alla sola Sicilia; nè che non possano esser modificate con riferimento alla Sicilia se non allorquando una modifica intervenga con riferimento a tutto il territorio dello Stato.

Ciò chiarito, e tenuto conto che, in base all'art. 103 Cost., è fatto salvo il potere statale di istituire nuove giurisdizioni amministrative speciali (2), mentre, d'altro canto, nessuna norma costituzionale impedisce di devolvere ad altri organi consultivi parte delle attribuzioni di spettanza del Consiglio di Stato, ne discende che, ove dovesse escludersi la riconoscibilità nel Consiglio di giustizia amministrativa dei caratteri di sezione (o di complesso di sezioni) del Consiglio di Stato, non per questo la creazione di esso, e il riconoscimento a esso di attribuzioni consultive e giurisdizionali sue proprie, potrebbero di per sè soli essere considerati in contrasto col precetto dell'art. 23 st. sic., il quale prevede la istituzione in Sicilia di sezioni del Consiglio di Stato. Perchè una violazione dell'art. 23 sussistesse, sarebbe necessa-

(2) Cfr. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 515 e, per altre indicazioni, GUARINO, *Contenzioso tributario e giurisdizioni speciali*, in *Foro it.*, 1954, III, c. 110 segg.

rio, in più, che il Consiglio di giustizia amministrativa avesse assorbito tutte le funzioni consultive o tutte le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato riflettenti la Sicilia.

Ma ciò non è, in quanto, da un lato, le funzioni consultive del Consiglio di Stato attengono a provvedimenti (amministrativi o legislativi) statali, mentre il Consiglio di giustizia amministrativa è « organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale » (art. 4 decr. legisl. cit.); e, dall'altro, le funzioni giurisdizionali devolute al Consiglio di giustizia amministrativa non assorbono tutta la materia dei provvedimenti amministrativi « concernenti la Regione » (secondo la formula dell'art. 23 st. sic.), restandone esclusi tutti i casi di provvedimenti statali, e comunque di enti diversi dalla Regione, non posti in essere in modo definitivo da autorità locali (art. 5 decr. legisl. cit.).

È vero che il secondo comma dell'art. 1 del decr. legisl. n. 654 — norma di non felice formulazione, secondo la quale il Consiglio di giustizia amministrativa « esercita le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle sezioni regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello Statuto siciliano » — nonchè il 4° comma dell'art. 4 indicano un intento legislativo di considerare il Consiglio di giustizia amministrativa come sostituto delle sezioni previste dall'art. 23 dello Statuto. Ma, dato che — come si è visto — la devoluzione al Consiglio di giustizia amministrativa di *alcune* delle attribuzioni del Consiglio di Stato riflettenti la Sicilia non esclude che in Sicilia vengano in futuro istituite delle sezioni del Consiglio di Stato per le rimanenti attribuzioni di quest'organo riflettenti quella parte del territorio dello Stato, l'intenzione non può considerarsi, almeno per ora, incidente sull'osservanza del precetto costituzionale.

Ben può dunque dirsi che la proposizione contenuta nel 2° comma del cit. art. 1 sia inesatta: infatti non è esatto che il Consiglio di giustizia amministrativa assorba ogni competenza del Consiglio di Stato afferente alla Sicilia, e quindi ogni competenza che in base all'art. 23 st. sic. avrebbe potuto e potrebbe essere devoluta alle sezioni siciliane del Consiglio di Stato. Ma non può dirsi che il decr. legisl. 6 maggio 1948 n. 654 sia incostituzionale.

3. Che poi — per passare dal profilo sostanziale a quello formale — una legge dello Stato (tale era da considerare, nel sistema costituzionale vigente al momento della sua emanazione, il decr. legisl. 6 maggio 1948 n. 654) potesse legittimamente creare un nuovo organo giurisdizionale in Sicilia, è fuori dubbio, giacchè lo statuto siciliano, nè nell'art. 23, nè in alcun'altra norma, preclude una possibilità di tal fatta. Nè altre norme costituzionali precludono la possibilità della istituzione di organi giurisdizionali con competenza limitata soltanto a una parte del territorio dello Stato.

Nè, d'altro canto, era richiesta per la istituzione di un organo di tal fatta — non considerato in alcun modo dallo statuto — la speciale procedura prevista dall'art. 43 dello statuto stesso per l'emanazione delle norme di attuazione di esso. E ciò appunto perchè non si trattava di provvedere alla attuazione dello statuto.

4. Una volta che si ritenesse che il Consiglio di giustizia amministrativa non possa esser configurato come sezione del Consiglio di Stato — o come complesso di sezioni del Consiglio di Stato —, ne discenderebbe dunque che il legislatore avrebbe violato la Costituzione per non aver creato le sezioni regionali dell'importante Consesso nazionale, ma non ne discenderebbe affatto che l'istituzione del Consiglio di giustizia amministrativa sarebbe incostituzionale.

5. Escluso che la non identificabilità in esso delle caratteristiche di « sezione » (o complesso di sezioni) del Consiglio di Stato implichi *ex necesse* la incostituzionalità del Consiglio di giustizia amministrativa, la posizione di chi debba esaminare il problema della sussistenza o meno di tali caratteristiche nel nuovo organo consultivo e giurisdizionale istituito in Sicilia viene a risultare liberata da un preoccupante complesso: quello del senso di responsabilità sociale del giurista che sappia che la sua presa di posizione può implicare valutazioni di seria gravità in ordine ai numerosi pronunciati di una magistratura, la affermazione della incostituzionalità della quale sminuirebbe fortemente l'autorità morale (anche se non quella giuridica) dei pronunciati stessi, e può incidere gravemente e irrimediabilmente sulla sorte delle ulteriori pronuncie di quella magistratura, e addirittura sulla sorte di essa medesima. Spogli da tale complesso, esami-

niamo ora il problema della natura del Consiglio di giustizia amministrativa.

È questo un organo distinto dal Consiglio di Stato, ovvero va considerato come inserito nell'organismo del Consiglio di Stato, costituendo nelle due diverse sue composizioni (in sede consultiva e in sede giurisdizionale) altrettante sezioni di quest'ultimo? Nella prima ipotesi, in sede giurisdizionale esso sarebbe da configurare come una giurisdizione speciale; nella seconda, come una sezione del Consiglio di Stato.

La sentenza della Cassazione — preoccupata dalla proposizione dei ricorrenti, secondo la quale il Consiglio di giustizia amministrativa, ove in esso non si potessero identificare delle sezioni del Consiglio di Stato, sarebbe un organo incostituzionale per violazione dell'art. 23 st. sic. (proposizione inesatta, che ha mostrato di accettare) — è pervenuta, attraverso una sottile disamina, alla affermazione che nel nuovo organo di decentramento consultivo e giurisdizionale sarebbero da identificare appunto le sezioni del Consiglio di Stato previste dall'art. 23. Non sembra però che tale conclusione possa esser condivisa.

6. Giustamente la sentenza ha escluso che la diversità del numero dei votanti (art. 43 t.u. Cons. di Stato e art. 2 decr. legisl. istitutivo del Consiglio di giustizia amministrativa), la mancanza, nei componenti del Consiglio di giustizia amministrativa, della garanzia della inamovibilità (prevista pei Consiglieri di Stato dall'art. 5 t.u.) e — per i membri elettivi — di quella della stabilità (art. 3 decr. legisl. istitutivo del Consiglio di giustizia amministrativa), potessero valere a far escludere ogni assimilazione tra il Consiglio di giustizia amministrativa e le sezioni del Consiglio di Stato. Esattamente essa ha osservato che le Sezioni di un ufficio composito non devono necessariamente avere identità strutturale; e opportunamente ha ricordato i casi di sezioni di uffici giudiziari aventi composizione diversa da quella comune alle sezioni tipiche degli uffici stessi (sezione istruttoria della Corte di appello funzionante come Tribunale regionale delle acque; sezione della Corte di appello competente per le impugnative dei provvedimenti dei Tribunali pei minorenni), sottolineando che la esclusione della necessità di una identità strutturale è espressamente

ammessa dalla Costituzione, allorchè prevede la istituzione presso gli organi giudiziari ordinari di sezioni specializzate « anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura » (art. 102).

Molto felicemente la sentenza ha poi posto in evidenza che ciò che è essenziale per poter concepire un ufficio come elemento di un organismo composito è piuttosto il « saldo collegamento » del primo col secondo, e cioè — forse meglio — l'inserimento del primo come corpo costitutivo del secondo; e ha colto come segno di riconoscimento di tale inserimento la soggezione del primo, nel suo complesso, al « potere direttivo e regolatore » (e cioè — forse meglio — al potere ordinatore) di chi sta a capo dell'ufficio composito (Presidente del Tribunale, della Corte, del Consiglio, ecc.).

7. Lì dove peraltro essa non può esser seguita è nell'aver ritenuto che sia essenziale al concetto di giudice speciale una « assoluta separazione » da ogni altro sistema giurisdizionale complesso (ordinario o amministrativo), e nell'aver configurato il giudice speciale, *ex necesse*, come « una normale solitaria nell'ordinamento delle magistrature, salvo il controllo della Cassazione sulle sue sentenze, a norma dell'art. 111 della Costituzione ».

L'organamento delle Giunte provinciali amministrative e dei Consigli di Prefettura rispettivamente col Consiglio di Stato e con la Corte dei Conti in sede giurisdizionale, quello tra gli organi del contenzioso elettorale (Consiglio comunale o provinciale, Giunta provinciale amministrativa, e, di volta in volta, Corte di appello o Consiglio di Stato), quello dei Commissariati degli usi civici con la apposita sezione della Corte d'appello di Roma, e simili, forniscono l'esempio di organi i quali — pur senza possedere il carattere di componenti di un organismo unitario e omogeneo, e quindi senza perdere il carattere di organi aventi una propria autonomia — si inseriscono in sistemi giurisdizionali complessi, anche se eterogenei (con la conseguenza che gli eventuali conflitti che sorgano nell'interno di essi sono da configurare come conflitti di competenza e non come conflitti di giurisdizione) (3): tali organi — o, meglio, quelli di essi che

(3) Cfr. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 576; Cass., sez. un., 21 novembre 1953 n. 3585, in *Foro it., Mass.*, 1953.

non siano veri e propri giudici ordinari —, pur non meritando l'attributo di « normali solitarie », hanno diritto alla qualifica di giudici speciali.

Ora, l'organamento del Consiglio di giustizia amministrativa col Consiglio di Stato si inserisce per l'appunto in un sistema del tipo di quelli or ora descritti.

E, del resto, che esso non possa riportarsi ai casi di uffici costitutivi di organismi compositi risulta proprio dalla mancanza, tra i due organi, di quel « saldo collegamento » che la stessa sentenza ritiene essenziale e indispensabile perchè l'ipotesi ricorra, e del quale essa medesima indica come elemento individuatore la soggezione dell'ufficio minore al potere ordinatore (« potere direttivo e regolatore ») di chi sta a capo dell'ufficio maggiore. Nessun potere di tal fatta può essere riconosciuto, invero, nei confronti del Consiglio di giustizia amministrativa, al Presidente del Consiglio di Stato, il quale, del resto, una volta che le nomine al Consiglio di giustizia amministrativa abbiano avuto luogo, perde ogni potestà su quegli stessi giudici di questo che appartengano ai ruoli del Consiglio di Stato.

8. A conferma del fatto che il Consiglio di giustizia amministrativa sia, come organo, pienamente svincolato dal Consiglio di Stato, e nulla abbia di comune con le sezioni di questo, consideriamo i dati del diritto positivo.

Il decreto legislativo istitutivo non identifica nel Consiglio di giustizia amministrativa delle sezioni del Consiglio di Stato; ma enuncia semplicemente che esso « esercita le funzioni *spettanti* alle sezioni regionali del Consiglio di Stato » (art. 1, comma 2), con ciò implicando una distinzione concettuale rispetto a queste (v. anche il 2° comma dell'art. 2 e il 1° e il 2° comma dell'art. 5). Inoltre esso più volte contrappone il Consiglio di giustizia amministrativa alle « sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato », indicando con tale nome le sole sezoni IV, V e VI di quest'ultimo (art. 5, commi 3°, 4° e 5°).

Tali rilievi attengono al mero aspetto formale; ma non ne mancano di ordine sostanziale.

Sotto il profilo organizzatorio è da segnalare in primo luogo che i magistrati del Consiglio di Stato, mentre vengono assegnati alle se-

zioni giurisdizionali del Consiglio stesso di anno in anno, secondo un certo principio di avvicendamento, e con la possibilità che il Presidente del Consesso faccia ricorso, in caso di necessità, alla supplenza con magistrati di altre sezioni (art. 12 t.u. Cons. di Stato), vengono per contro assegnati al Consiglio di giustizia amministrativa senza limiti di tempo, indipendentemente da qualsiasi avvicendamento, e senza alcuna possibilità di far capo, per eventuali supplenze, a magistrati non assegnati espressamente al Consiglio (art. 2 decr. legisl. istitutivo): il che implica, per la durata dell'assegnazione, completo svincolo dal Consiglio di Stato dei magistrati assegnati al Consiglio di giustizia amministrativa.

Quanto poi all'organizzazione dell'ufficio di segreteria del Consiglio di giustizia amministrativa, essa è completamente diversa, e del tutto autonoma, rispetto a quella degli uffici di segreteria del Consiglio di Stato e delle sue sezioni, con le quali manca qualsiasi suo collegamento: vi è preposto un segretario generale, il quale è un funzionario di grado V (e quindi ben avrebbe potuto essere, al momento in cui la materia venne regolata — allorquando i magistrati non erano stati ancora svincolati dall'ordinamento burocratico — un funzionario di grado superiore al segretario generale del Consiglio di Stato, incarico al quale l'art. 1 del relativo t.u. prevede possa essere chiamato persino un referendario, e cioè un funzionario che, all'epoca, era di grado VI); e i singoli esponenti dell'ufficio vengono assunti in posizione di comando, se si tratti di dipendenti statali, con decreto pienamente autonomo del Consiglio di giustizia amministrativa (previa intesa con le amministrazioni statali o regionali cui essi appartengano), senza che al Consiglio di Stato, o al Presidente di esso, sia dato in alcun modo di interferire (art. 6 decr. legisl. istitutivo e decr. Pres. Cons. Min. 31 ottobre 1949).

Il Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa non è ammesso a far parte del Consiglio di presidenza del Consiglio di Stato, del quale invece fanno parte tutti i presidenti delle sezioni di tale consesso (art. 35 regol. 21 aprile 1942 n. 444).

Infine, le spese a carico dello Stato per il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa non gravano sul capitolo del bilancio destinato al Consiglio di Stato, bensì su un distinto e autonomo capitolo (art. 8 decr. legisl. istitutivo).

Passando poi all'ordinamento funzionale, è da tener presente che il Consiglio di giustizia amministrativa viene configurato, per buona parte delle sue attribuzioni giurisdizionali, come una magistratura sottordinata al Consiglio di Stato, innanzi alla cui Adunanza plenaria è possibile impugnarne le decisioni (art. 5, 3° comma, decr. legisl. cit.). È vero che — come è stato osservato dalla sentenza della Cassazione — il nostro ordinamento presenta dei casi in cui è ammesso il gravame dalla sezione semplice di un organo giudiziario alle sezioni unite di esso (ciò avviene per la Corte dei conti, in base all'art. 67 del relativo t.u.; e a tale esempio può aggiungersi quello relativo alla Commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica, previsto dall'art. 239 del relativo t.u.). È da osservare tuttavia che tali casi sono ben diversi da quello in esame, dato che in questo — a differenza che nei primi — del collegio che pronuncia in sede di appello non fanno parte gli esponenti del collegio di primo grado. L'analogia è dunque a torto invocata. Se del collegio che giudica in secondo grado delle decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa non fanno parte esponenti di questo, esso non può essere configurato come il medesimo organo del giudizio di primo grado (sia pure in diversa composizione).

Quanto poi alle attribuzioni giurisdizionali per le quali il Consiglio di giustizia amministrativa può considerarsi pariordinato al Consiglio di Stato, a maggior ragione in relazione a esse non può parlarsi di una sua configurabilità come sezione del Consiglio di Stato.

In ordine, infine, alle attribuzioni consultive, non è prevista la possibilità che il Consiglio di giustizia amministrativa deferisca alla adunanza generale del Consiglio di Stato (così come previsto per le sezioni di questo dall'art. 47 n. 6 del regolamento) le « questioni d'interesse generale o di massima che costituiscono norma in casi singoli ».

9. Nè può avere importanza in senso contrario il fatto che talora componenti del Consiglio di giustizia amministrativa vengano chiamati a integrare collegi del Consiglio di Stato. Così, nelle materie che incidono notevolmente sugli interessi generali dello Stato, o su quelli di altre Regioni, il Consiglio di giustizia amministrativa può deferire la pronuncia dei pareri di propria competenza all'adunanza generale

del Consiglio di Stato, la quale, in tal caso, pronuncia su preavviso del Consiglio di giustizia amministrativa, e viene integrata con l'intervento dei magistrati che fanno parte di quest'ultimo (art. 4, 3° comma decr. legisl. istitutivo); inoltre, fuori dei casi in cui dal Consiglio di giustizia amministrativa è dato appello all'adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, il Consiglio di giustizia amministrativa può deferire all'adunanza plenaria medesima le questioni che abbiano dato o diano luogo a contrasti giurisprudenziali con le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, e in tal caso l'adunanza viene integrata con la partecipazione di due magistrati del Consiglio di giustizia amministrativa (art. 5, 4° comma); infine all'adunanza così integrata è devoluta la cognizione dei conflitti di competenza tra Consiglio di giustizia amministrativa e sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (art. 5, 5° comma).

L'integrazione di organi giurisdizionali, amministrativi e politici con elementi a essi estranei è infatti fenomeno che, a fini vari (consistenti per solito nella opportunità di far sentire la voce di particolari esigenze o interessi), il nostro ordinamento non di rado prevede: così, ad es., la Giunta provinciale amministrativa viene integrata con elementi rappresentativi degli interessi economici locali allorchè pronuncia in sede di contenzioso tributario (art. 283 t.u. fin. loc.); le sezioni del Tribunale vengono integrate coi rappresentanti delle categorie interessate allorchè pronunciano per la risoluzione delle controversie in materia di affittanze agrarie (art. 5 legge 18 agosto 1948 n. 1140; art. 2 legge 25 giugno 1949 n. 353); il Parlamento viene integrato con la partecipazione di rappresentanti dei Consigli regionali per la elezione del Presidente della Repubblica (art. 83 Cost.); il Consiglio dei Ministri viene integrato con la partecipazione del Presidente regionale per deliberare sulle materie di competenza statale che interessino la Regione Siciliana (art. 22 st. sic ; analoghe disposizioni esistono per altre Regioni, senza che però al Presidente regionale venga riconosciuto voto deliberativo: art. 47 st. sardo; art. 44 st. valdostano). E, se non può dubitarsi che l'integrazione in tal modo realizzata incida sull'identità dell'organo integrato (è noto infatti che ogni organo collegiale è individuato dal numero e dalla qualità dei membri che lo compongono), è certamente da escludere che, ove gli esponenti che partecipano all'integrazione a ciò siano chiamati in quanto ap-

partenenti a un altro organo, quest'ultimo debba necessariamente essere un elemento costitutivo della struttura dell'organo che i suoi esponenti provvedano a integrare. Ecco perchè nessun valore — in presenza degli altri contrastanti fattori sopra specificati — può avere, per far considerare il Consiglio di giustizia amministrativa come un corpo rientrante nella struttura del Consiglio di Stato, la integrazione di assemblee di quest'ultimo con esponenti del primo. Tale integrazione ha, a seconda che si tratti di assemblee con competenza consultiva o giurisdizionale, rispettivamente la funzione di contemperare la valutazione degli interessi statali con quella degli interessi regionali, e la funzione di prevenire o eliminare contrasti giurisprudenziali tra giudici aventi composizione affine e attribuzioni analoghe; ma nulla di più.

10. Nè alcun valore può avere, contro il riconoscimento al Consiglio di giustizia amministrativa dei caratteri di organo giurisdizionale autonomo, il fatto che i conflitti di competenza tra esso e il Consiglio di Stato vengono risolti in seno allo stesso Consiglio di Stato — sia pure integrato con la partecipazione di esponenti del Consiglio di giustizia amministrativa.

Si è già visto infatti che i conflitti tra organi giurisdizionali non inquadrati in un organismo unitario sono meri conflitti di competenza — e non di giurisdizione — tutte le volte che gli organi stessi possano esser considerati come facenti parte nondimeno, nel loro insieme, di un unico sistema giurisdizionale complesso (v. *supra,* n. 7).

E, pur dovendo escludersi che nel Consiglio di giustizia amministrativa si possano identificare delle mere sezioni del Consiglio di Stato, non si può non convenire che esso e il Consiglio di Stato formino un unico sistema giurisdizionale in materia di contenzioso amministrativo, dotato anzi, nonostante la disparità dei suoi componenti, di notevole omogeneità.

Regolamento preventivo di giurisdizione e giudicato sulla legittimazione*

Pubblicato in

Diritto e Giurisprudenza
Napoli, 1956, pp. 209-210

* *Nota* a Tribunale di Napoli, Sez. I, 7 ottobre 1955, *ibid.*, p. 209; le massime sono riportate alla pagina seguente

TRIBUNALE DI NAPOLI, SEZIONE I: 7 OTTOBRE 1955; PRES. CARBONE, EST. CAPOZZI; TENORE (AVV. COFANO) C. MIN. LL. PP. (AVV. DELLO STATO ABIGNENTE).

La Corte Suprema di Cassazione, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, si limita al solo esame delle questioni di giurisdizione; pertanto, l'inesistenza della legittimazione passiva può essere fatta valere nella fase successiva del giudizio, innanzi al giudice di merito.

Alle autorità periferiche, cui la legge attribuisce la rappresentanza dello Stato in giudizio in relazione alle attività di loro competenza, non può essere riconosciuta la stessa rappresentanza anche in relazione alle azioni di responsabilità per comportamenti illegittimi da esse tenuti al di fuori di qualsiasi disposizione legislativa.

1. — Entrambe le massime di questa importante sentenza del Tribunale di Napoli meritano di essere segnalate.

2. — Particolare attenzione ed elaborazione il Tribunale ha dedicato alla questione enunciata nella prima di esse, pervenendo a una soluzione impeccabile, attraverso una approfondita e dotta disamina dei precedenti legislativi, dottrinali e giurisprudenziali.

La sentenza ha felicemente puntualizzato la differenza tra pronunciato della Cassazione in sede di *ultima istanza*, e cioè in sede di riesame delle decisioni dei giudici di merito — sia sotto il profilo degli *errores in procedendo* e *in judicando*, sia sotto il profilo del controllo sulla *giurisdizione* — e pronunciato in sede di *regolamento preventivo* di giurisdizione; e ha chiaramente posto in evidenza che da quest'ultimo (il quale non conclude una fase di impugnazione, e quindi non investe il processo in tutta la sua interezza) non può mai nascere un giudicato implicito in ordine a punti non strettamente attinenti al problema di giurisdizione.

Se il regolamento preventivo può esser chiesto soltanto prima che la causa venga decisa nel merito in primo grado, e se non investe che « le questioni di giurisdizione » (a. 41 c.p.c.), essendo precluso in tale sede alla Corte regolatrice, per implicito disposto legislativo, ogni altro esame, è evidente che la pronuncia in sede di tale regolamento non possa minimamente pregiudicare alcun'altra questione del processo e del giudizio. Il processo — e con esso il giudizio — rimangono pendenti innanzi al giudice di merito — presso il quale restano sospesi in attesa della decisione sulla giurisdizione —, e non vengono portati all'esame della Corte regolatrice: è dunque evidente che, allorquando verrà ripreso, il processo sarà impregiudicato in tutti i suoi aspetti, salvo che in quello riflettente la giurisdizione (che le parti intesero rimettere preliminarmente alla decisione della Corte regolatrice, destinata ad aver valore definitivo).

Al fine di stabilire se la definizione della questione di giurisdizione possa per implicito definire anche quella di legittimazione, è dunque evidente la irrilevanza della considerazione della preliminarità del profilo della legittimazione rispetto a ogni altro profilo del giudizio: se il processo non si trasferisce dal giudice di merito alla Corte regolatrice, ma resta incardinato presso il primo, e se la Corte regolatrice deve limitarsi, in sede di regolamento preventivo, a considerare *in thesi* il concreto oggetto del processo al solo fine di individuarne il giudice naturale (a. 368 c.p.c.), è chiaro che non solo le questioni di merito, ma le stesse questioni preliminari non possono non restarne impregiudicate. Altrimenti il regolamento preventivo di giurisdizione si tradurrebbe in regolamento preventivo delle questioni preliminari: il che è contro l'ordine del sistema.

3. — Qualche dubbiezza può suscitare la seconda massima della sentenza, secondo la quale la rappresentanza in giudizio dell'Amministrazione statale dei lavori pubblici nelle controversie relative agli illeciti dell'Amministrazione stessa spetterebbe in ogni caso al Ministero dei lavori pubblici (cfr., nel medesimo senso, App. Napoli 9 gennaio 1954 in questa stessa *Rivista*, 1954, 230), e non ai Provveditori per le opere pubbliche, ai quali la legge attribuisce la rappresentanza processuale nelle controversie riguardanti il « disimpegno delle attività » loro proprie.

Ma il problema richiederebbe una fatica improba e priva di soddisfazione: quella di addentrarsi nell'irta selva delle disposizioni relative alla rappresentanza dello Stato in giudizio, nella quale non v'è chi riesca a orientarsi con sicurezza. In ordine a essa sia però consentito di invocare ancora una volta dal non sempre provvido legislatore quella disposizione — che tanto tarda a venire —, la quale, temperando il rigore delle conseguenze derivanti al povero attore che debba chiamare in giudizio lo Stato dalla difficoltà — troppo spesso insormontabile — di indicare, nella *vocatio in jus*, « l'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio » (a. 163 n. 2 c.p.c.), disponga che, in ogni caso, la notificazione presso l'Avvocatura dello Stato competente per territorio sani l'eventuale vizio.

Osservazioni sulla composizione della giunta prov. amm. in sede giurisdizionale (con particolare riferimento ai limiti di età dei membri elettivi)*

Pubblicato in

Il Foro Italiano
Bologna, 1956, I, col. 939-944

* *Nota* a Corte d'Appello di Napoli 23 febbraio 1956, *ibid.*, col. 939; le massime sono riportate alla pagina seguente

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI: 23 FEBBRAIO 1956; PRES. VELA P., EST. MALFITANO; ANGRISANI (AVV.TI CERABONA, VOLPE) C. PUCCI E ALTRI (AVV.TI FRAGOLA, TESAURO).

L'art. 10 del r. decreto legge 4 aprile 1944 n. 111, il quale esige per l'elezione alla giunta prov. amm. la presenza dei requisiti per la nomina a giudice popolare di corte d'assise previsti dalla legge 10 aprile 1951 n. 287, è tuttora in vigore, in quanto non riguarda le attribuzioni e il funzionamento delle Amministrazioni comunali e provinciali, regolati dalle leggi 8 marzo 1951 n. 122 e 5 aprile 1951 n. 203.

La deliberazione del consiglio comunale, con la quale si dichiara la decadenza dalla carica di consigliere e quindi di sindaco, non avendo natura di atto amministrativo, è impugnabile innanzi la giunta prov. amm. in sede giurisdizionale.

1. — A seguito della restaurazione dell'ordinamento democratico, e in attesa del ripristino, nel governo degli enti locali, delle amministrazioni elettive, venne emanato il decreto legisl. 4 aprile 1944 n. 111, il quale « considerato che, in attesa di poter indire le elezioni amministrative, occorre dettare norme transitorie per l'amministrazione dei comuni e delle provincie », con poche norme disponeva la ricostituzione presso tali enti, per allora su basi non ancora elettive, degli organi amministrativi a base collegiale e rappresentativa previsti dalla legislazione comunale e provinciale anteriore all'avvento del fascismo (giunta municipale e sindaco per il comune; deputazione provinciale e presidente per la provincia). In tale occasione vennero anche dettate nuove norme sulla composizione delle giunte provinciali amministrative, e sul funzionamento di esse (art. 9-12), ripristinando (ma non con normazione identica) la composizione di tali organi, in parte a base burocratica, in parte a base di rappresentanza delle provincie (rappresentanza assicurata mediante la elezione di alcuni componenti — in possesso di particolari condizioni di eleggibilità e di compatibilità — da parte dell'organo collegiale preposto al governo di tale ente: organo che allora era la deputazione). Il successivo decreto legisl. 12 aprile 1945 n. 203 dettò norme sulla composizione della giunta prov. amm. in sede giurisdizionale, disponendo che, in sede ordinaria (non tributaria), essa fosse composta dal prefetto — o di chi ne fa le veci — con funzione di presidente, di due consiglieri di prefettura designati al principio di ogni anno dal prefetto, e dei due membri più anziani fra quelli nominati dalla deputazione provinciale (con la precisazione che l'anzianità di questi ultimi « è desunta dalla precedenza della nomina, e, a pari anzianità di nomina, dall'età »).

Ricostituite nel 1951-52, sulla base delle leggi 8 marzo 1951 n. 122 e 18 maggio 1951 n. 328, le Amministrazioni provinciali a base elettiva (quelle comunali già lo erano state nel 1946-47, sulla base del decreto legisl. 7 gennaio 1946 n. 1), è stata più volte sollevata la questione se, travolte in conseguenza di ciò le norme del decreto legisl. 4 aprile 1944 n. 111, relative alle Amministrazioni provinciali, non lo siano state, in tutto o in parte, anche quelle relative alla composizione e al funzionamento delle giunte prov. amministrative (1).

---

(1) La questione ha anche formato oggetto di una vivace polemica politica, di cui v. notizia in *Nuova rassegna di legisl., dottr. e giurisp.*, 1955, pag. 1512, dove è riportata la risposta del Min. dell'interno a una interrogazione del sen. Terracini. Per altre notizie, v. BERTI, *I funerali delle giunte prov. amm.*, *ivi*, 1955, pag. 1377, al quale si rinvia anche per indicazioni bibliografiche.

Al riguardo è facile osservare che, se il decreto del 1944 volle, dichiaratamente, avere carattere provvisorio (non transitorio, come impropriamente è detto nel suo preambolo), la sua provvisorietà riguardava peraltro, come è dichiarato espressamente, « l'Amministrazione dei comuni e delle provincie », e cioè la composizione e il funzionamento degli organi di questi enti da esso ripristinati. E, in effetti, dapprima per ciò che riguarda le Amministrazioni comunali (in virtù del decreto n. 1 del 1946), e poi per ciò che riguarda quelle provinciali (in virtù delle citate leggi del 1951), il regime provvisorio da esso instaurato venne fatto cessare. Nulla però di quel testo legislativo lasciava argomentare il carattere di provvisorietà anche pel nuovo regime delle giunte prov. amm. Nè il decreto enunciava al riguardo alcun termine di durata, vuoi indicandolo espressamente, vuoi indicandolo per riferimento alla durata di altri istituti.

Di conseguenza il regime delle giunte instaurato nel 1944 (e integrato nel 1945, per ciò che riguarda la composizione di esse in sede giurisdizionale) rimase esposto, in relazione alle trasformazioni realizzate nel regime delle Amministrazioni provinciali nel 1951-1952, unicamente alle modificazioni strettamente e istituzionalmente inerenti a tali trasformazioni: una volta ripristinati i consigli provinciali (art. 1 legge 8 marzo 1951 n. 122), e restituite ad essi (dall'art. 1 legge 18 maggio 1951 n. 328) le attribuzioni conferitegli dal t. u. com. e prov. del 1915 (così come modif. dal r. decreto 30 dicembre 1923 n. 2838), venne infatti a trasferirsi ai consigli stessi (in virtù dell'art. 241, n. 20, del cit. t. u.) la designazione dei membri elettivi delle giunte, che il decreto n. 111 del 1944 attribuiva alle deputazioni provinciali. Ma nessun'altra modificazione potè derivare dalle leggi del 1951 al regime delle giunte. Il quale, pur ammesso (cosa che, come si è detto, è da escludere) (2) che il legislatore del 1944 abbia voluto che anch'esso avesse — come quello delle Amministrazioni comunali e provinciali — carattere provvisorio, non è stato tuttavia, a differenza di quello, sottoposto a dirette modificazioni da parte di successive leggi; e continua quindi a restare in vigore (3).

2. — L'accettazione di questi concetti — o, quanto meno, l'accettazione integrale di essi — non è peraltro comune. A es., tanto le Sezioni unite della Corte di cassazione, quanto l'Adu-

(2) Come è stato esattamente osservato nella decisione del Cons. di Stato, V Sez., 29 maggio 1954, n. 566, *Foro it.*, 1955, III, 9: « non si può ritenere caducata una legge soltanto per effetto di una del tutto generica indicazione di transitorietà contenuta nel titolo e nei considerando di essa, qualora manchi nel testo un chiaro riconoscimento della sua caducità in virtù della scadenza di un termine o del verificarsi di un dato evento ».

(3) Cfr., oltre la decisione cit. *sub* nota prec., p. es., Cons. Stato, V Sez., 29 ottobre 1954, n. 1033, *Foro it.*, 1954, III, 250; 27 settembre 1954, n. 955, *id.*, Rep. 1954, voce *Giunta prov. amm.*, n. 7; 21 novembre 1952, n. 1351, *id.*, 1953, III, 5.

nanza plenaria del Consiglio di Stato (4), hanno infatti affermato che, con l'entrata in funzione delle Amministrazioni provinciali elettive, il collegio della giunta prov. amm. in sede giurisdizionale debba « essere costituito, per quanto concerne i membri elettivi, secondo i criteri stabiliti dall'art. 282 del succitato t. u. n. 148 del 1915, ossia con i membri più anziani per maggior numero di voti, anzichè per età » (come previsto dall'art. 1 decreto legisl. 12 aprile 1945 n. 203) (5). Affermazione contrastante coi riferiti concetti, se è vero che ad essi inerisce che la permanenza della composizione delle giunte prov. amm. prevista dai decreti legisl. del 1944 e del 1945 non era affatto condizionata dalla entrata in funzione delle Amministrazioni provinciali elettive (6), salvo che per il trasferimento della potestà elettiva dalle giunte (già deputazioni) provinciali ai consigli; e se è vero che la prevalenza, ai fini della determinazione dell'anzianità dei componenti elettivi, del criterio dell'età o di quello del numero dei suffragi riportati non attiene affatto al campo delle attribuzioni del consiglio provinciale (il quale rappresenta il solo campo dove le modificazioni di regime determinate dalle leggi del 1951 fossero in grado di suscitare ripercussioni sul regime della composizione delle giunte prov. amministrative). Che l'adozione dell'un criterio piuttosto che dell'altro non sia in alcun modo correlata con la competenza elettiva dei consigli, è dimostrato dal fatto che tanto in caso di competenza elettiva della giunta (già deputazione), quanto in caso di competenza elettiva del consiglio, entrambi i criteri possono essere indifferentemente adottati.

Se, dunque, il decreto legisl. del 1945 adottava, per la determinazione dell'anzianità, il criterio dell'età, non v'è ragione perchè, trasferita la competenza elettiva dalla giunta provinciale al consiglio, debba tornarsi al criterio del numero dei suffragi, previsto dall'art. 282 del t. u. del 1915 (e riaffermato nell'art. 8 reg. com. e prov. 1911). Tale disposizione — per ciò

---

(4) Cass. civ., Sez. un., 16 marzo 1954, n. 761, *Foro it.*, Rep. 1954, voce *Sentenza civile*, n. 16; Cons. Stato, Ad. plen., 11 marzo 1955, n. 3, *Cons. Stato*, 1955, I, 225. Cfr., in dottrina, CASSISI, *Ancora sulla composizione della giunta prov. amm.*, in *Nuova rass. di legisl. dottr. e giurisp.*, 1955, pag. 1513.

(5) Inesattamente è stato da taluno ritenuto che le due autorevoli decisioni giurisdizionali — aventi entrambe stretto riferimento alla specifica fattispecie concreta — abbiano addirittura inteso che le disposizioni sulla composizione delle giunte prov. amm. contenute nei decreti del 1944 e del 1945 abbiano tutte perduto vigore. Così l'interrogazione del sen. Terracini, e lo scritto di BERTI, cit., *sub* nota 1. Esattamente, sul punto, la risposta del Min. interni ricordata *sub* nota 1, e lo scritto di CASSISI, cit. *sub* nota prec. Poco chiaro LENTINI, *I funerali delle giunte prov. amm.*, in *Nuova rass.*, 1955, pag. 1916.

(6) Tanto è vero che anche dopo tale entrata in funzione la giurisprudenza ha continuato a ritenere applicabile, in materia di composizione della giunta, il decreto legisl. del 1944. V. le decisioni cit. *sub* nota 3.

che riguarda l'applicazione da farne alla composizione delle giunte prov. amm. — non attiene nè alla composizione, nè alle attribuzioni, nè al funzionamento dei consigli provinciali; e pertanto — sempre per ciò che riguarda la riferita applicazione — non è stato affatto richiamato in vigore, in virtù delle leggi 122 e 328 del 1951, in conseguenza dell'entrata in funzione dei consigli provinciali.

3. — A differenza della pur autorevolissima giurisprudenza che si è criticata, la sentenza che si annota ha fatto — con riferimento a un diverso aspetto della normazione sulla composizione della giunta prov. amm. — corretta applicazione degli enunciati principî. Tra l'art. 11 t. u. com. e prov. 1915, il quale, nel trattare delle condizioni di ineleggibilità a componenti della giunta, non contiene alcuna limitazione inerente a un limite massimo di età, e l'art. 10 decreto legisl. 4 aprile 1944 n. 111, il quale esige, per l'elezione alla giunta, la presenza dei requisiti per la nomina a giudice popolare di corte d'assise — tra i quali l'art. 9 legge 10 aprile 1951 n. 287 pone quello di non aver superato il sessantacinquesimo anno di età — la Corte napoletana correttamente ha ritenuto applicabile la seconda, e non la prima, movendo dall'esatto presupposto, più sopra illustrato, della vigenza attuale, per tutto quanto non riguarda le attribuzioni e il funzionamento delle Amministrazioni comunali e provinciali, del decreto del 1944, e dal giusto rilievo che i requisiti per la elezione a componenti della giunta non attengono alla riferita materia, per cui il citato decreto ha perduto vigore (7).

4. — Altra questione è però se, in virtù del solo raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età i componenti elettivi della giunta debbano ritenersi decaduti dalla carica (come evidentemente ebbe a ritenere, nel caso deciso con la sentenza annotata, il Presidente della Giunta di Salerno, invitando pertanto a partecipare ai lavori della Giunta, anzichè i membri elettivi più anziani, raggiunti dal limite di età, colleghi meno anziani).

Tale questione va risolta in senso negativo.

Occorre, al riguardo, tener presente che la pronuncia di decadenza dei componenti della giunta compete — ai sensi dell'art. 10 t. u. com. e prov. 1934 (che ha abrogato l'art. 6 reg. com. e prov. 1911) (8) — al consiglio provinciale (salvo

(7) Cfr., in dottrina, FROSINA, *Limiti di età per i componenti elettivi della giunta prov. amm.*, in *Corr. amm.*, 1956, pag. 274.

(8) Cfr., implicitamente, LA TORRE, *Comm. al t. u. com. e prov. 1934*, pag. 91. Perplesso, sul punto, FROSINA, *loc. cit.*

pel caso di mancato intervento alle sedute, nel quale la pronuncia di decadenza compete alla stessa giunta, ai sensi dell'art. 11 decreto 4 aprile 1944 n. 111, confermativo, su tale punto, dell'art. 28 t. u. com. e prov. 1934); ed esige sempre un atto formale. Fin quando la formale dichiarazione di decadenza non sia intervenuta, non può dunque il presidente della giunta considerare decaduto dalla carica un componente del collegio.

5. — Nè, d'altro canto, può ritenersi che il presidente di un organo giurisdizionale collegiale, o il capo di un ufficio giurisdizionale composito (quale, a es., una pretura articolata in più sezioni) sia — dalla necessità di prevenire vizi delle pronunce giurisdizionali inerenti alla composizione dell'ufficio — legittimato a sostituire, nell'esercizio delle funzioni, un giudice con un altro, o, ancor più, a esentare il primo, allorchè rilevi che questo non sia — o non sia più — in possesso dei requisiti voluti dalla legge per la nomina all'ufficio. Se a seguito di un concorso sia stato assunto in magistratura o nella carriera di prefettura un elemento sfornito del titolo di studio prescritto (per aver conseguito, a es., la laurea in economia e commercio, anzichè quella in giurisprudenza), non per questo, rispettivamente, il presidente del tribunale o quello della giunta prov. amm. potranno, una volta che l'illegittimità dell'atto di nomina sia stata appresa, sostituire quei funzionari, nella sezione del tribunale, o nella giunta, di cui facciano parte, rispettivamente con un vice pretore onorario (come consente, pel caso di mancanza o di impedimento di un giudice, l'art. 105 ord. giud.) (9), o col consigliere di prefettura-membro supplente (come consente, pel caso di assenza o di impedimento di uno dei consiglieri di prefettura-membri effettivi, l'art. 1 decreto legisl. 12 aprile 1945 n. 203). E altrettanto è da dire, con riferimento agli uffici onorari, pel caso che sia stato appreso che il cittadino assurto alla carica di sindaco, di consigliere comunale, di componente di una commissione tributaria, del Consiglio superiore della magistratura, ecc., non possedesse i requisiti voluti dalla legge per la nomina. Salvo che per gli uffici costituiti espressamente in funzione di atti specificamente determinati (p. es., commissioni giudicatrici di concorsi), la validità dell'atto di nomina, e cioè dell'assunzione nell'organizzazione amministrativa (vuoi mediante elezione, vuoi mediante nomina dall'alto) non condiziona infatti quella degli atti posti in essere dall'agente preposto all'ufficio: i quali esistono e sono validi (salvo che siano inficiati da altri difetti), sol che promanino da chi sia effettivamente investito dell'ufficio (cfr. SANDULLI, *Manuale dir. amm.*, 3ª ediz., Napoli, 1955, 120). Fin quando la nomina a giudice, a consigliere di prefettura, a consigliere comunale, ecc., non sia stata posta

(9) *Contra*, inesattamente, BELLAVISTA, *In tema di sentenza emessa «a non iudice»*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956. pag. 14 dell'estr.

nel nulla dall'autorità competente, ovvero non sia intervenuta una pronuncia di decadenza dalla carica, legittimamente tali funzionari esercitano le attribuzioni dei rispettivi uffici.

Di questa regola solo apparentemente costituisce una eccezione il fatto che, quando la preposizione a un certo ufficio sia dalla legge voluta in funzione di una particolare qualificazione soggettiva — la quale assurga a *titolo di legittimazione* — l'aver preposto all'ufficio un soggetto privo di quella qualificazione vizia non soltanto l'investitura, ma altresì gli atti posti in essere dall'investito (ed eventualmente dal collegio del quale egli sia stato chiamato a far parte). Ciò è dovuto invero al fatto che l'atto di nomina all'ufficio di un soggetto che non possegga la qualificazione — e quindi che sia privo del titolo di legittimazione — è da considerare viziato per *inidoneità del termine passivo*, e perciò radicalmente nullo (vedi SANDULLI, *op. cit.*, 247).

Ecco perchè, come non può riconoscersi esistenza e operatività, ad es., alla decisione di una corte di appello o di una giunta prov. amm. adottata con l'intervento di sei o di quattro membri anzichè di cinque (10), così non la si può riconoscere allorchè di un collegio di corte d'appello o di giunta siano stati chiamati a far parte soggetti privi della qualificazione voluta dalla legge (rispettivamente magistrati di corte di appello, e consiglieri di prefettura o membri eletti dal consiglio provinciale) (11), ovvero allorquando siano stati chiamati a farne parte componenti supplenti fuori delle ipotesi di legge (rispettivamente ai sensi dell'art. 108 ord. giud. e dell'art. 1 decreto legisl. 12 aprile 1945 n. 203) (12). Non diversamente nel primo caso che negli altri infatti il collegio è *diverso* da quello voluto dalla legge.

6. — Un'ultima breve considerazione è da fare circa la affermazione, contenuta nella sentenza annotata, secondo cui i consiglieri di prefettura, i quali abbiano preso parte a una decisione del consiglio che abbia dichiarato la responsabilità contabile di un amministratore comunale, non potrebbero far parte

---

(10) V., p. es., Cass. civ., Sez. un., 12 ottobre 1952, n. 3008, *Foro it.*, 1952, I, 1321, con riferimento a una decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, adottata con l'intervento di otto consiglieri, anzichè di dodici. V. anche Cass. civ., Sez. un., 7 febbraio 1953, n. 314, *id.*, Rep. 1953, voce *Consiglio di Stato*, nn. 7, 8.

(11) V., p. es., la sent. Cass. civ. 16 febbraio 1954, n. 373, *Foro it.*, Rep. 1954, voce *Contratti agrari*, n. 565, con riferimento al caso in cui della sezione specializzata agraria per la questione di perequazione dei canoni di affitto di fondi locati a conduttori non coltivatori diretti siano stati chiamati a far parte i rappresentanti dei conduttori coltivatori diretti, anzichè quelli dei conduttori non coltivatori diretti. *Contra*, inesattamente, Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 1955, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, con nota di BELLAVISTA, già cit., nota 9.

(12) V., p. es., la sent. Cass. civ., Sez. un., 16 marzo 1954, n. 761, già citata. Si tratta di giurisprudenza pacifica.

del collegio della giunta chiamato a pronunciare circa la decadenza dalla carica (in conseguenza della dichiarata responsabilità contabile) di quell'amministratore.

La sentenza non dice da quale principio discenderebbe la incapacità di quei membri della giunta a pronunciare su di un tale ricorso. Ma è evidente che intende ricavarlo da quel precetto di diritto processuale generale, desumibile dall'art. 51, n. 4, cod. proc. civ. e dall'art. 61 cod. proc. pen., secondo il quale ha l'obbligo di astenersi il giudice che abbia partecipato ad atti del medesimo processo.

Se così è, non si può non dissentire. Infatti è chiaro che il giudizio di responsabilità contabile e quello elettorale hanno *tutt'altro oggetto.* Onde non può vedersi tra essi quella *identità di processo* che il riferito principio di diritto processuale generale pone a base della incompatibilità del giudice.

Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*

Pubblicato in

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Milano, 1960, pp. 394-441

* Relazione al Convegno di studi sull'esecuzione del giudicato nei confronti della pubblica amministrazione (Napoli, 23-25 aprile 1960)

I

Premessa storica

Sommario: 1. Utilità e necessità di una premessa storica. — 2. Le basi ideologiche dell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo. — 3. Gli atti preparatori della legge. — 4. L'art. 4 nel progetto Minghetti del 1861. — 5. L'art. 4 nel testo del progetto Peruzzi del 1863, nella discussione innanzi alla Camera dei deputati, e nel testo da questa approvato. — 6. Gli emendamenti introdotti dall'Ufficio centrale del Senato, e conservati nel testo vigente. — 7. La giurisprudenza anteriore alla legge del 1889 istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato. — 8. Le questioni di esecuzione dei giudicati nel progetto Nicotera del 1877 e nel progetto Depretis del 1880 per la modifica del Consiglio di Stato. Il progetto Depretis del 1884 e quello del 1886. — 8. Il progetto Crispi del 1887. Gli emendamenti introdotti dall'Ufficio centrale del Senato e conservati nell'art. 4, n. 4, della legge del 1889. Le ragioni ispiratrici. — 10. Le discussioni sul nuovo testo al Senato e alla Camera dei deputati. — 11. La progressiva evoluzione della giurisprudenza verso il riconoscimento di un rigoroso dovere dell'amministrazione di uniformarsi ai giudicati. — 12. Sintesi e conclusione dell'indagine storica compiuta. Riconoscimento della esistenza di un dovere tassativo dell'amministrazione di conformarsi ai giudicati.

1. — Una indagine seria sugli istituti della giustizia amministrativa in Italia non può — date le origini remote degli istituti stessi — non muovere dal dato storico. Ciò vale in particolare per quanto attiene alla regola relativa all'« obbligo » dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati, dati gli scarsi lumi che sono in grado di fornire al riguardo le scheletriche disposizioni che si riscontrano nell'art. 4 della legge del 1865, abolitiva del contenzioso amministrativo, nell'art. 27, n. 4, del t.u. del 1924 sul Consiglio di

Stato e nell'art. 26 del t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, sullo statuto degli impiegati civili dello Stato, che sono le sole che si riferiscano a tale « obbligo ». Non deve dunque meravigliare se nella presente esposizione si prenderanno le mosse dal modo come si giunse — ormai è circa un secolo — alla enunciazione del riferito dovere dell'amministrazione (1).

2. — La teoria della divisione dei poteri, affermatasi per reazione al principio della concentrazione dei poteri proprio dello Stato assoluto, si impose, nelle sue prime attuazioni, realizzate sul continente europeo con la rivoluzione francese, in modo formalistico e primordiale — e quindi tutt'altro che liberale — al punto da escludere che la funzione amministrativa potesse comunque esser soggetta, nel suo esercizio, al sindacato giurisdizionale: al fenomeno non fu estranea la stessa dinamica rivoluzionaria, naturalmente sfavorevole ad un controllo da parte dei giudici dell'operato degli organi attivi, cui era demandata la realizzazione concreta dei princìpi della rivoluzione (2). Ciò spiega se, fin dai suoi primordi, lo Stato sorto dalla rivoluzione si preoccupò di affermare non soltanto che « le funzioni giudiziarie sono distinte e saranno sempre separate dalle funzioni amministrative », ma anche che « i giudici non potranno turbare in alcun modo le operazioni dei corpi amministrativi » (l. 16-24 agosto 1790), aggiungendo che « i ricorsi per incompetenza contro i corpi amministrativi non saranno mai portati innanzi ai tribunali, ma innanzi al Re, capo dell'amministrazione generale » (l. 7-14 ottobre 1790), e introducendo l'istituto della « garanzia amministrativa », destinato a escludere la possibilità di trascinare in giudizio i funzionari amministrativi (l. ult. cit.). Se un sindacato esso ammise sull'operato degli organi amministrativi, lo confidò alla stessa amministrazione assistita dai suoi corpi consultivi, perpetuando in tal modo, nel campo dei rapporti tra ammini-

(1) Non ha ragione il MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di proc. civ.*[3], I, Milano, s.d., p. 144 s., quando afferma che i lavori parlamentari relativi alla legge del 1865 e a quella del 1889 danno in proposito scarso affidamento. L'importanza del dato storico nella materia della giustizia amministrativa viene tenuta nella dovuta considerazione, ad es., da CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubbl. amm.*, Milano, 1956; PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958.

(2) Sui precedenti storici della legge 20 marzo 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo, e sul clima in cui essa fu elaborata, si vedano particolarmente SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei paesi liberi*, Torino,

strazione e cittadini — sia pure in un nuovo spirito — il sistema della « giustizia ritenuta ».

La successiva evoluzione delle idee e degli istituti condusse poi, gradualmente, in Francia e fuori, e quindi anche da noi, per dinamica esterna e interna, gli organi, ai quali tale funzione di giustizia — sempre limitata a singole materie — era demandata, ad acquistare nell'apparato statale una certa posizione di autonomia, diventando prima « organi del contenzioso amministrativo », e poi « tribunali del contenzioso amministrativo ». Fu proprio in Italia anzi, e precisamente nel Regno di Sardegna, che gli istituti del contenzioso amministrativo acquistarono per la prima volta il carattere di organi di giustizia non « ritenuta », ma « delegata ».

Se in tal modo venne ad ammettersi un sindacato giurisdizionale sull'azione dell'amministrazione, non si ammise peraltro la possibilità che i giudici interferissero nell'azione dell'amministrazione operando direttamente sui suoi atti [3]. Persisteva infatti fermo il convincimento — trasmesso in fatale retaggio dai regimi anteriori — che, per immanente struttura delle istituzioni, nessuna azione esterna potesse direttamente incidere sull'attività degli organi amministrativi.

È nell'ordine delle cose dunque che, quando, unificata l'Italia, si giunse, nel 1865, dopo vivaci polemiche, e purtroppo senza la piena consapevolezza delle conseguenze della riforma — la quale, contrariamente agli intenti che la ispirarono, risultò tutt'altro che liberale — alla soppressione dei « tribunali del contenzioso amministrativo », ci si preoccupasse di riaffermare che « l'atto amministrativo non *potesse* essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative », e cioè che non potesse esser revocato o modificato in sede giurisdizionale (art. 4 l. abolitrice cont. amm.).

L'idea animatrice dei riformatori del 1865, che avevano voluto la soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo, era stata quella — indubbiamente liberale — di abolire ogni discriminazione giurisdizionale tra pubblica amministrazione e altri soggetti. Ma essa risultò in buona parte frustrata non soltanto pel fatto che ai giudici ordinari vennero rimessi unicamente quegli affari nei

---

1904, p. 304 ss.; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, p. 376 ss.

[3] Cfr. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 413, e ivi indicazioni di giurisprudenza *sub* nota 2.

quali la pubblica amministrazione si imbattesse in veri e propri diritti altrui (anche i tribunali del contenzioso amministrativo generalmente giudicavano soltanto in materia di diritti), ma anche, e più gravemente, pel fatto che all'epoca si aveva dei diritti dei particolari nei confronti dell'amministrazione una idea assai ristretta (come risulta dalla relazione Borgatti alla Camera dei deputati, per « diritti civili » si intendevano soltanto quelli relativi « alla persona, alla proprietà e ai contratti », e per « diritti politici » soltanto quelli relativi alla partecipazione dei cittadini ai pubblici poteri); e, ancor più, pel fatto che, nei primi anni di applicazione della nuova legge, il compito di giudice dei conflitti — e quindi organo competente a discriminare in ultima istanza i diritti dalle altre posizioni soggettive — fu affidato a un istituto, il Consiglio di Stato, che, per essere allora saldamente inserito nella pubblica amministrazione, e per non avere ancora inaugurato quella evoluzione in senso liberale che qualche decennio più tardi, sotto l'impulso di Silvio Spaventa, significò per esso l'inizio di una gloriosa tradizione, era naturalmente portato a concepire in senso rigorosamente restrittivo l'àmbito del sindacato dei giudici sugli atti amministrativi: fu quello il tempo in cui si affermò la tesi che la discriminazione delle competenze tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa dovesse basarsi sul fatto che gli atti dell'amministrazione da giudicare fossero atti « di gestione » o atti « d'impero », quasi che davanti a questi ultimi non potessero esistere diritti dei particolari (4) (del resto proprio nella già citata relazione Borgatti si escludeva « che dalle leggi amministrative possano derivarsi diritti nel senso proprio e strettamente giuridico di questa parola »).

Questo il clima nel quale fu elaborata e formulata, ed ebbe le sue prime applicazioni, la disposizione dell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, secondo la quale « l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso ».

(4) Vedansi le decisioni del Consiglio di Stato, 22 gennaio 1868, 26 aprile 1871, 24 giugno 1871, 3 ottobre 1871, 1 marzo 1872, ricordate da MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, I, Firenze, 1871, p. 85 s., e II, Firenze, 1873, pp. 26, 62, 30, 27 s., nonché, in senso contrario, le considerazioni dello stesso MANTELLINI, *op. cit.*, II, p. 99 ss.

3. — Sono note le vicende attraverso le quali lo Stato italiano giunse nel 1865 all'unificazione della legislazione amministrativa, e, tra l'altro, a quella della legislazione sul contenzioso amministrativo. Vicende non molto dissimili da altre che, anche in tempi successivi e in tempi recentissimi, condussero — sotto l'urgenza determinata dalla imminente cessazione dei poteri degli organi legiferanti — alla frettolosa approvazione di testi legislativi fondamentali, spesso a lungo in precedenza meditati, elaborati, discussi e contrastati senza giungere al necessario accordo.

Rivelatasi non immediata la possibilità di trasferire a Roma la capitale dello Stato unificato, il Governo era venuto nel 1864 nella determinazione di trasferirla intanto a Firenze; ma alla sensibilità degli uomini politici del tempo non sfuggiva che quel trasferimento, destinato a dare ulteriore concretezza all'unità nazionale, sarebbe stato puramente simbolico, ove non fosse stato accompagnato dalla unificazione della legislazione. Di qui l'urgenza di tale unificazione, e in particolare di quella degli istituti e delle norme riflettenti la pubblica amministrazione. Ecco perché, essendo i rispettivi disegni legislativi, a suo tempo predisposti, ben lungi dal giungere in porto, fu presentato alla Camera dei deputati il 24 novembre 1864 un progetto di legge governativo per l'attribuzione al Governo della « facoltà di pubblicare e rendere esecutivi in tutte le provincie del Regno alcuni progetti di legge d'ordine amministrativo ». Il relativo testo consisteva originariamente di un unico articolo ed era destinato ad approvare, e a far entrare in vigore come leggi dello Stato, sei testi legislativi a esso allegati (riflettenti rispettivamente l'ordinamento comunale e provinciale, la pubblica sicurezza, la sanità, il Consiglio di Stato, il contenzioso amministrativo e le opere pubbliche), e corrispondenti ai progetti legislativi in corso di esame innanzi alle due Camere, nello stato di elaborazione in cui essi rispettivamente si trovavano. Molto si dibattè, in sede di approvazione di quella legge, in entrambi i rami del Parlamento, circa la conformità di un siffatto sistema all'art. 55 dello statuto del Regno (il quale disponeva che le leggi dovessero essere discusse e approvate dal Parlamento articolo per articolo), nonché circa la convenienza della procedura prescelta; ma alla fine il punto di vista governativo prevalse (peraltro non senza notevoli contrasti) in ambedue le sedi, e il testo così approvato divenne la legge 20 marzo 1865, n. 2248, coi suoi sei allegati, dei quali quello contrassegnato

con la lettera E rappresenta la legge sul contenzioso amministrativo tuttora in buona parte vigente.

Essendo mancata, in sede di approvazione di quest'ultima legge, ogni discussione specifica, chi desideri ricostruire il cammino attraverso cui si pervenne alla formulazione dell'attuale disposizione dell'art. 4 dell'allegato E, secondo il quale le autorità amministrative « si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso », deve dunque risalire al progetto di legge sul contenzioso amministrativo presentato alla Camera dei deputati dal ministro dell'interno Peruzzi il 29 maggio 1863, il quale, rielaborato, discusso e approvato dalla Camera dei deputati, era stato sottoposto a nuova elaborazione da parte dell'Ufficio centrale del Senato (relazione estesa dal Vacca e depositata il 15 luglio 1864), e appunto in quest'ultimo testo era diventato l'allegato E del progetto governativo sottoposto al Parlamento il 24 novembre 1864, passato immodificato nella legge 20 marzo 1865, n. 2248.

4. — Tanto nel progetto governativo del 1863 presentato dal ministro Peruzzi — nel quale portava il numero 8 — quanto nel testo modificato dalla commissione della Camera dei deputati (della quale fu autorevole esponente il Mancini) — testo in cui ricevette per la prima volta la sua attuale numerazione — l'art. 4 si limitava a enunciare due proposizioni: la prima, che nelle controversie relative a diritti soggettivi, che si pretendano lesi da un atto della autorità amministrativa, l'autorità giudiziaria « dovrà limitarsi a dichiarare le conseguenze giuridiche dell'atto stesso »; la seconda, che peraltro, in ogni caso, l'atto amministrativo non può « essere revocato o modificato altrimenti che per ricorso alle autorità amministrative ».

Tali proposizioni, poi conservate nella legge (sia pure in forma modificata) e tuttora in vigore, risalivano entrambe al progetto presentato alla Camera dei deputati dal ministro Minghetti nel 1861, poscia decaduto nel 1862 dopo che la commissione della Camera aveva già presentato la propria relazione. Dalla relazione ministeriale che accompagnava quest'ultimo progetto risulta che l'intento avuto di mira era stato di limitare il giudizio dei tribunali al fatto che un atto amministrativo avesse « disturbato semplicemente un interesse », ovvero « diminuito una proprietà » (o altro diritto soggettivo), precludendo peraltro ai tribunali la possibilità di « cercare » della « legittimità e giustizia » dell'atto amministrativo, e consen-

tendo ad essi soltanto di giudicare circa le « conseguenze rispetto ai diritti dei terzi » (o, come pure si disse, circa le « conseguenze di ragione » derivanti dalla lesione recata dall'atto ai « diritti acquistati »). La formula a prima vista sembrerebbe aver preteso di assicurare la tutela dei diritti altrui nei confronti degli atti amministrativi, escludendo però qualsiasi sindacato sulla legittimità di questi ultimi (5); in realtà peraltro si intendeva con essa semplicemente affermare che il sindacato giurisdizionale sulla legittimità di un atto amministrativo non era ammesso *ex se,* ma solo in quanto l'atto illegittimo avesse leso un diritto altrui. Si legge, ad es., nella relazione del ministro Minghetti a proposito del sindacato giurisdizionale sull'azione dell'amministrazione concretantesi nei provvedimenti relativi alle imposte dirette, che « il tribunale ordinario non può sostituirsi a quella azione e *neppure giudicarla,* se non quando la pubblicazione dei ruoli dei contribuenti renda possibile un immediato confronto tra la domanda d'imposta e la legge (*scil.*: e il diritto) che si crede violata ». Ammissione dunque della possibilità di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo (senza revocarlo o modificarlo, ma pronunciando unicamente delle « conseguenze giuridiche di esso », vale a dire dei confini della sua operatività e degli effetti da ricollegare all'avvenuta infrazione); limitazione peraltro di tale sindacato ai casi in cui l'illegittimità si fosse tradotta in lesione di diritti altrui. Ecco che cosa si volle dire affermando da un lato che « l'atto amministrativo non può né impedirsi né censurarsi » da parte del giudice ordinario, e dall'altro che « le sue conseguenze sono suscettive e di giudizio e di ammenda », e che « la incompetenza dei tribunali ordinari intorno agli atti dell'autorità amministrativa non esclude la loro competenza a giudicare delle conseguenze di ragione sui diritti acquistati, accordando, per cagion d'esempio, un ristoro a chi da quegli atti sofferse detrimento ».

5. — Le riferite due proposizioni del progetto Minghetti del 1861 e le idee alle quali esse si ispiravano si ritrovano fedelmente riprese dal progetto Peruzzi del 1863 e dalla relazione di esso. In quest'ultima si dice infatti che « la legge concede al cittadino di far

(5) In effetti in tal senso venne intesa la formula legislativa fin quando la funzione del giudice dei conflitti rimase al Consiglio di Stato (1877). Vedansi, p. es., le decisioni del Cons. di Stato citt. *sub* nota precedente, nonché le severe critiche mosse a tale indirizzo dal MANTELLINI, *op. cit.*, II, pp. 102 ss., 125 ss., 189.

valere il suo diritto innanzi ai tribunali ordinari, i quali statuiranno secondo giustizia, prescindendo però da ogni giudizio sull'atto amministrativo, che non potrà essere da essi né modificato, né annullato »: in tal modo il legislatore si proponeva di impedire — in omaggio al principio della divisione dei poteri — « ogni reciproco sindacato dei propri atti » da parte dei giudici e dell'amministrazione. « L'autorità giudiziaria — ebbe ad affermare il Mancini nella seduta del 9 giugno 1864 della Camera dei deputati — non ha potere fuorché per esaminare se esistano diritti ed una legge violata, e per dichiarare quindi quali siano le conseguenze giuridiche di cui quell'atto sia suscettivo, compatibili con la legge, la cui osservanza deve innanzi tutto mantenersi inviolata o reintegrarsi. Dopo questa pronunziazione del giudice, spetta poi all'amministratore, uniformandosi alla cosa giudicata, riformare l'atto, modificarlo, purgarlo da ciò che lo costituisce illegale, rinnovarlo con un tenore diverso, od in altra forma, che lo renda perfettamente conforme alla legge, ovvero altrimenti revocarlo affatto ».

Mentre il progetto del ministro Peruzzi e quello della commissione (rel. Borgatti) si limitavano a enunciare le due disposizioni delle quali fin qui si è parlato — limitazione del potere giurisdizionale alla pronuncia delle « conseguenze giuridiche » dell'atto amministrativo lesivo di diritti, e riserva all'amministrazione del potere di revocare o modificare quell'atto — affiora così per la prima volta, in sede di discussione innanzi alla Camera dei deputati, il problema dell'osservanza da parte dell'amministrazione del giudicato dei tribunali.

Era allora al potere la Destra; e la Sinistra si rivelò particolarmente sensibile al problema che le pronunce della magistratura relative a illegalità riscontrate nell'operato dell'amministrazione potessero restare inoperanti, e all'esigenza di introdurre nel testo legislativo una disposizione che enunciasse la necessità che esse non restassero senza séguito: tra gli interventi più significativi è da segnalare quello del Crispi nella tornata del 10 giugno, il quale, richiamati in termini vivacemente polemici i frequenti arbitrî dell'esecutivo, prospettò i seri pericoli derivanti dal rimettere al potere amministrativo l'osservanza dei giudicati. E vari emendamenti furono presentati e discussi (Nisco, Cortese, Brunetti), tendenti all'affermazione del principio che i giudicati nei confronti della pubblica amministrazione sono soggetti, per la loro esecuzione, alle stesse regole di quelli intervenuti nei confronti degli altri soggetti.

Notevole fu l'intervento del deputato Cortese, in difesa del suo emendamento, nella seduta del 18 giugno. Egli affermò che il testo dell'art. 4, formulato dalla commissione sulle orme di quello governativo, attribuiva in sostanza ai tribunali un mero potere di « avviso »: « ed invero i tribunali vi dichiarano le conseguenze giuridiche e vi dicono: quest'atto dell'autorità amministrativa lede i diritti del cittadino Tizio; ma dopo di avere ottenuto codesta pronuncia Tizio deve ritornare dinanzi all'autorità amministrativa e chiedere che revochi l'atto suo. Ciò posto, se l'autorità amministrativa deve uniformarsi assolutamente, obbligatoriamente, a quello che l'autorità giudiziaria ha dichiarato, allora io veramente non capisco questa giurisdizione, il cui giudicato non si può eseguire per forza propria ma che non di meno comanda ad un'altra autorità di renderlo esecutivo. Se poi l'autorità amministrativa può allontanarsi dalla dichiarazione che avrebbe fatta l'autorità giudiziaria delle conseguenze giuridiche di un atto amministrativo, proclamando che ci sia l'offesa di un diritto, allora il vero giudice del diritto diventerebbe l'autorità amministrativa, la quale potrebbe disconoscere a sua posta quello che avrebbe dichiarato l'autorità giudiziaria e violare così i diritti dei cittadini ». Il deputato proponeva quindi che, fermo il potere dell'amministrazione di revocare o modificare l'atto in sé, il giudicato importasse senz'altro « l'inefficacia dell'atto stesso, per quanto concerne il diritto offeso », con conseguente piena possibilità che il giudicato venisse eseguito in via ordinaria nei limiti del pronunciato.

Alle consapevoli affermazioni del Cortese replicò immediatamente il Mancini, osservando che nessuno della commissione aveva mai pensato che il giudicato della magistratura ordinaria riflettente le « conseguenze giuridiche » dell'atto amministrativo potesse non essere osservato dall'amministrazione e non dovesse esser portato a esecuzione « a norma della legge comune » (6); soltanto la vita del-

(6) Il Mancini ebbe ripetutamente ad affermare il concetto che « per la Commissione si riconosce come verità elementare incontrastabile che, anche nei rapporti tra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa, debba ognora rimaner salva e posta in sicuro l'esecuzione del giudicato sul punto del diritto leso, dell'offesa arrecata alla legge ». Se l'autorità amministrativa ha la possibilità (ma non la facoltà giuridica) di rimanersene, a séguito del giudicato, « in compiuta inazione », senza che alcuno possa « costringerla ad operare », nondimeno « essa non potrà impedire giammai che il giudicato pronunciato dall'autorità giudiziaria, con gli ordinari modi di esecuzione della legge, abbia il suo effetto ». Infatti essa non dispone della facoltà « esorbitante, assurda, irri-

l'atto in sé non era condizionata dal giudicato, nel senso che l'atto non restava caducato né poteva esser modificato dal giudicato, bensì poteva esser revocato e modificato unicamente da parte dell'autorità amministrativa, rientrando ogni diretto operare sull'atto « nell'esercizio della sua missione », e dovendo realizzarsi — senza peraltro mai attentare alla pronuncia del giudice circa le « conseguenze giuridiche » dell'atto — secondo le libere determinazioni dell'autorità stessa (la quale a séguito del giudicato potrebbe anche restarsene « in completa inazione » senza che alcuno possa « costringerla ad operare », come ad es. nel caso — specificamente formulato dall'insigne giurista e parlamentare — che essa preferisca, anziché restituire l'immobile illegittimamente occupato, ritenerlo, sobbarcandosi a pagare al proprietario l'*id quod interest*). Ciò in piena conformità — sottolineava il Mancini — con la dottrina e la giurisprudenza francesi e italiane: le regole enunciate nell'art. 4 non introducevano affatto una diminuzione dei poteri dei giudici rispetto alla pubblica amministrazione, in quanto non erano certamente di maggiore entità quelli fino allora riconosciuti ai giudici del contenzioso amministrativo (7).

In sostanza, mentre le critiche del deputato Cortese puntavano al risultato che al giudicato si collegasse la caducazione (di ogni effetto) dell'atto, sia pur limitatamente alle parti contendenti e all'oggetto del giudizio (8), il Mancini, affermando anch'egli la pienezza di effetti del giudicato in ordine alle « conseguenze giuridiche » dell'atto, ne escludeva espressamente qualsiasi diretta operatività sull'atto in sé — ogni incidenza sul quale doveva esser riservata all'autorità amministrativa. Egli dichiarò comunque che la commissione era disposta a integrare la formula proposta, aggiungendovi l'espressa enunciazione della eseguibilità del giudicato nei limiti così enunciati. Secondo lui al progetto della commissione era inerente tale implicazione; « peraltro — egli aggiunse — siccome il concetto della commissione è fermamente questo, che la salvezza della esecuzione del giudicato relativamente alla dichiara-

---

verente, di ribellarsi all'autorità del giudicato, *per quanto riguarda la dichiarata lesione del diritto, la riconosciuta violazione della legge, le determinate conseguenze giuridiche dell'atto amministrativo*, di opporsi all'esecuzione di questo giudicato emanato dall'autorità giudiziaria ».

(7) V. infatti CAMMEO, *loc. cit. sub* nota 3.

(8) Ma le idee del Cortese non dovettero rimaner chiare fino all'ultimo, se sul finire della discussione egli si dichiarò soddisfatto dell'emendamento aggiunto al testo originario dell'on. Mancini, del quale subito si dirà.

zione del diritto violato non debba esser messa in contrasto, e quindi la commissione può reputare un pleonasmo, una superfluità, l'aggiunta di nuove frasi nel testo dell'articolo, senza però contraddire in alcuna guisa alla loro sostanza, mi credo in debito, a nome della stessa commissione, di lasciare interamente al giudizio della Camera il decidere se crede opportuno aggiungersi in fine dell'art. 4 la desiderata ancor più precisa reiterata spiegazione »; restando comunque ferma la appartenenza all'esclusivo potere dell'amministrazione, dopo il giudicato, — chiarì il Mancini all'on. Mazza che esigeva delucidazioni in proposito — « di riformare il proprio atto per renderlo conforme alla legge, di revocarlo del tutto, o di provvedere diversamente » (« assumendo — egli spiegò con enunciazione felice ma meno rigorosa — la questione concernente la violazione della legge e del diritto decisa da' tribunali, in faccia all'autorità amministrativa sulla materia riserbata alla di lei competenza..., il valore di giudicato sopra una vera questione pregiudiziale »).

L'emendamento proposto dal Mancini a nome della commissione al testo originariamente da questa presentato consistette nella aggiunta delle parole « salva sempre l'esecuzione del giudicato per quanto riguarda la lesione del diritto ». E in effetti, a séguito di un ulteriore breve dibattito, l'art. 4 risultò nella stessa seduta approvato in questi termini: « Quando innanzi alle autorità giudiziarie la contestazione cade sopra un diritto che si pretenda leso da un atto dell'autorità amministrativa, l'autorità giudiziaria dovrà limitarsi a dichiarare se e quali conseguenze giuridiche l'atto stesso sia per produrre, senza che questo possa essere revocato o modificato altrimenti che per ricorso alle autorità amministrative, salva sempre l'esecuzione del giudicato per quanto riguarda la lesione del diritto ».

Stando al modo come si giunse alla sua formulazione, quell'emendamento volle dunque semplicemente significare il riconoscimento della possibilità di eseguire coi mezzi ordinari i giudicati dei tribunali civili — nei limiti delle rispettive pronunce (le quali non possono estendersi fino alla caducazione e riforma degli atti amministrativi) — anche nei confronti della pubblica amministrazione. Quanto alla posizione dell'amministrazione in conseguenza del giudicato che avesse affermato l'illegittimità di un proprio atto, il testo legislativo restava agnostico, limitandosi a enunciare la regola che l'atto non può « essere revocato o modificato altrimenti che per ricorso alle autorità amministrative », mentre nei canali della discus-

sione, chiusa piuttosto frettolosamente, si era venuta disperdendo (fenomeno non raro nelle discussioni parlamentari) l'esigenza (che pure aveva sollecitato più interventi) dell'esplicita affermazione dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi, in relazione alla sorte dei propri atti riscontrati illegittimi dai tribunali, ai giudicati di questi. E ciò, non ostante che i veri artefici del testo legislativo, e in particolare il Mancini, espressamente riconoscessero — come si è visto — « spettare » all'amministrazione, dopo la pronuncia del magistrato, « *uniformandosi alla cosa giudicata,* riformare l'atto, modificarlo, purgarlo da ciò che lo costituisce illegale, rinnovarlo con un tenore diverso, od in altra forma, che lo renda perfettamente conforme alla legge, ovvero altrimenti revocarlo affatto », e anzi addirittura ammettessero che quella pronuncia assumesse, per il futuro operato dell'amministrazione in ordine all'atto dichiarato illegittimo, « il valore di giudicato sopra una vera questione pregiudiziale ».

6. — Un diverso spirito animò l'Ufficio centrale del Senato, il quale considerò con particolare prevenzione la riferita aggiunta fatta in sede di discussione innanzi alla Camera dei deputati all'originario testo legislativo. Dopo aver fatto il debito riconoscimento alle prerogative del potere giudiziario, cui è commesso « il conoscimento e il giudizio » dei diritti lesi dall'atto amministrativo illegittimo, la relazione dell'ufficio (dovuta al Vacca) si affretta infatti ad affermare la necessità di non lasciare « senza tutela e senza presidii la azione del potere amministrativo ». Potrebbe eventualmente occorrere che « la dichiarazione dell'autorità giudiziaria circa il diritto leso non possa altrimenti tradursi che in azione all'*id quod interest* nei rapporti tra il privato e l'amministrazione pubblica »; come pure potrebbe occorrere che l'amministrazione ritenga opportuno elevare conflitto di attribuzione: « orbene cotali presidii andrebbero facilmente menomati e compromessi ove si adottasse il sistema di dar libero corso al giudicato, nulla si curando dell'intervento del potere amministrativo ». Donde l'esigenza di eliminare dal testo legislativo approvato dalla Camera dei deputati l'ultima proposizione, aggiunta in sede di discussione (« salva sempre l'esecuzione del giudicato per quanto riguarda la lesione del diritto »). Pertanto, sul punto della pronuncia dell'autorità giudiziaria e della sua portata e conseguenze, l'Ufficio ridusse l'originaria formulazione nel senso di affermare puramente e semplicemente che « i tribunali si

limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio », in tal modo opportunamente correggendo l'originaria formula, secondo la quale « l'autorità giudiziaria dovrà limitarsi a dichiarare se e quali conseguenze giuridiche sia per produrre l'atto stesso ».

Sul punto poi della sorte degli atti amministrativi riscontrati dai tribunali lesivi di diritti altrui, il nuovo testo, riaffermato — distaccando in un capoverso *ad hoc* questa disposizione — che « l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative », fece seguire la norma dalla nuova proposizione: « le quali (autorità amministrative) si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso » — proposizione destinata a sostituire l'altra « salva sempre l'esecuzione del giudicato per quanto riguarda la lesione del diritto », contenuta nel testo approvato dalla Camera dei deputati e soppressa per le ragioni già dette. La relazione dell'Ufficio è sul punto estremamente laconica: vi si legge soltanto che la nuova proposizione tendeva a far sì « che il giudicato quanto al diritto leso abbia a rimanere intangibile per le nuove pronunciazioni del potere amministrativo ».

L'Ufficio centrale del Senato — al quale si deve il testo legislativo dell'art. 4 tramandato fino a noi e ancora in vigore — lo concepì dunque composto di due disposizioni positive: la prima — contenuta nel primo comma — enunciante la limitazione della competenza dei tribunali a conoscere dei soli effetti dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio; la seconda — contenuta nel secondo comma — enunciante la regola che l'atto amministrativo non può essere revocato e modificato se non ad opera dell'autorità amministrativa. In relazione alla prima disposizione esso volle eliminare — rimettendosene quindi ai princìpi del sistema — ogni enunciativa circa l'esecuzione del giudicato dei tribunali (problema in ordine al quale la Camera dei deputati aveva preso posizione nel senso dell'applicabilità alle pronunce giurisdizionali nei confronti della pubblica amministrazione, nei limiti della loro sfera d'azione, delle regole del diritto comune). Quanto alla seconda disposizione, l'Ufficio centrale, nello specificare nel nuovo testo, in relazione ad essa, che le autorità amministrative « si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso », non si sforzò di dare, nella relazione illustrativa, adeguato conto della portata di tale specificazione, dando, anzi, quasi la sensazione di non

aver tenuto presente l'esigenza di configurare un dovere positivo dell'amministrazione di adottare i provvedimenti occorrenti per eliminare le situazioni *contra legem* accertate dal giudicato. È significativo peraltro il fatto che la specificazione introdotta nel testo della legge riecheggia in modo singolare quell'importante passo del discorso tenuto dal Mancini nella seduta della Camera dei deputati del 9 giugno 1864, che già si è riferito, secondo il quale, intervenuta la pronuncia del giudice, « spetta poi all'amministratore, uniformandosi alla cosa giudicata, riformare l'atto, modificarlo, purgarlo da ciò che lo costituisce illegale, rinnovarlo con un tenore diverso od in altra forma, che lo renda perfettamente conforme alla legge, ovvero altrimenti revocarlo affatto ». Onde è da ritenere che — pur senza essere riuscita nella scheletrica relazione a esprimerne interamente lo spirito — l'Ufficio centrale del Senato abbia voluto modificare il testo legislativo in consonanza appunto col menzionato pensiero del Mancini.

È comunque decisivo che in tali sensi — lo si vedrà tra breve — quel brano del testo legislativo venne inteso dal legislatore del 1889, il quale da esso appunto prese le mosse per circondare di garanzie l'osservanza dell'« obbligo » in questione, consacrandone così definitivamente il significato con l'autorità di una implicita interpretazione autentica.

7. — Prima di giungere alla legge del 1889, vediamo però in qual modo la disposizione venne intesa e applicata, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della legge del 1865.

I repertori del tempo non sono ricchi di casi, per quanto il malvezzo delle amministrazioni di non darsi cura delle pronunce dei giudici fosse già allora frequente e deprecato (9). Comunque a quell'epoca, mentre i pronunciati del Consiglio di Stato (in sede consultiva) erano nettamente nel senso della esclusione di un dovere dell'autorità amministrativa di eliminare dal mondo del diritto gli atti amministrativi riscontrati illegittimi dall'autorità giudiziaria, giungendo persino a contestare la vincolatività delle pronunce di

(9) Si vedano l'intervento del sen. Pierantoni nella seduta del Senato del 22 marzo 1888 e quello dell'on. Indelli nella seduta della Camera dei deputati del 6 febbraio 1889, relative all'approvazione della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

questa sul punto della illegittimità di quegli atti [10], la Corte di cassazione romana, in veste di giudice dei conflitti, pur affermando che, a séguito di un giudicato, spetta all'amministrazione di « far ragione dell'atto suo, conformandosi al pronunziato del magistrato » [11], e che i privati ben possono avvalersi dello strumento dell'azione giudiziaria al fine di far dichiarare l'illegittimità di un atto amministrativo lesivo di diritti, per poi utilizzare il relativo giudicato al fine di sollecitare dall'autorità amministrativa la revoca o la modifica di quell'atto [12], non risulta che abbia mai avuto occasione di pronunciarsi espressamente circa l'esistenza di un obbligo positivo della pubblica amministrazione di porre in essere i provvedimenti destinati a eliminare le illegittimità riscontrate nel proprio operato dalle sentenze giudiziarie.

È soltanto in epoca successiva alla legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato e della competenza di questa a decidere i ricorsi « diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile e politico » (art. 4, n. 4), che nella giurisprudenza si comincia a parlare di un « obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alla pronuncia » [13].

8. — Vediamo ora come si giunse alla riferita disposizione della legge del 1889.

Val la pena di ricordare che già nel progetto di legge presentato alla Camera dei deputati il 27 marzo 1877 (doc. n. 26) dal presidente del Consiglio Nicotera, di concerto col ministro dell'Interno Depretis, contenente modificazioni alla legge del 1865 sul Consiglio di Stato, l'art. 10, n. 2, prevedeva l'istituzione di una competenza giurisdizionale di questo consesso « sulle questioni di interpretazione e d'applicazione dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo; e in generale sulle questioni di esecuzione di giudicati

[10] Vedansi i pareri del 6 giugno 1871, in *La legge*, 1871, p. 341, e del 29 ottobre 1881, in *Foro it.*, 1882, III, c. 3.

[11] Sent. 26 febbraio 1880, in *La legge*, 1880, II, p. 100.

[12] Sent. 1 maggio 1885, in *Foro it.*, 1885, I, c. 1219. Non è esatta dunque l'affermazione che « la possibilità di sentenze meramente dichiarative della lesione del diritto individuale non si era allora peranco prospettata » (GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 398).

[13] Cons. Stato, IV sez., 10 aprile 1890, in *Foro it.*, 1890, III, c. 57.

e d'altri titoli esecutivi a carico dell'amministrazione in relazione a detta legge, nonché alla legge sulla contabilità del 22 aprile 1869, n. 5026 ». Nella relazione governativa si adducevano a giustificazione le incertezze e i contrasti giurisprudenziali circa l'interpretazione e l'applicazione del ricordato art. 4, nonché circa la questione « se i giudicati contro l'amministrazione erariale possano eseguirsi mediante sequestri sia soltanto di rendite patrimoniali dello Stato, sia del denaro esistente nelle pubbliche casse ».

Quel progetto, mentre restava nel vago circa i poteri del Consiglio di Stato in ordine all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 4 della legge del 1865, gli deferiva tutte le questioni di mera esecuzione dei giudicati civili.

Esso però non ebbe séguito. E altrettale sorte toccò al disegno di legge (identico al precedente) presentato alla Camera dei deputati dal ministro dell'Interno Depretis il 31 maggio 1880 (doc. n. 40).

Lo stesso ministro presentò il 18 febbraio 1884 al Senato un nuovo progetto (doc. n. 93), il quale prevedeva, tra le competenze da attribuire al Consiglio di Stato, da un lato (art. 19, n. 2), quella (proposta per la prima volta in sostituzione della vaga competenza di interpretazione e applicazione) di decidere « sui ricorsi per revoca di provvedimenti amministrativi in applicazione dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E », e, dall'altro (art. 19, n. 3), quella di decidere « sulle questioni di esecuzione dei giudicati a carico delle pubbliche amministrazioni in relazione alla predetta legge (del 1865), nonché alla legge di contabilità generale del testo unico 17 febbraio 1884, n. 2016, serie III ». In tal modo il progetto intese nettamente distinguere il comportamento, non di mera esecuzione, dovuto dalla amministrazione in conseguenza della generalità dei giudicati civili intervenuti nei suoi confronti, dal comportamento di mera esecuzione dovuto secondo le norme del diritto comune in quei casi nei quali un vero e proprio obbligo di esecuzione possa riconoscersi esistente anche a carico dell'amministrazione; e sulla base di tale distinzione contemplò due distinte competenze del Consiglio di Stato.

Anche questo nuovo progetto però decadde; ed ugual sorte toccò al progetto, identico nel contenuto, presentato dallo stesso ministro Depretis al Senato il 28 giugno 1886 (doc. n. 6), nel quale peraltro l'Ufficio centrale del Senato, come si legge nella sua relazione, estesa dal Finali (doc. n. 6 A), aveva soppresso l'anzidetto n. 3, osservando che « la esecuzione dei giudicati appartiene al diritto civile e privato », mentre « il diritto amministrativo, nel quale sarà magistra-

tura suprema il Consiglio di Stato, è all'infuori e al di sopra di siffatte vertenze ».

9. — Giunse invece in porto il progetto riguardante la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, presentato al Senato dal presidente del Consiglio, ministro dell'Interno, Crispi, il 22 novembre 1887 (atti del Senato, doc. n. 6).

Uniformandosi sul punto alla modifica introdotta al progetto Depretis del 1886 dall'Ufficio centrale del Senato, e omettendo quindi volontariamente la competenza già prevista dall'art. 19, n. 3, di quel progetto (e risalente al progetto Nicotera del 1877), il nuovo disegno di legge attribuiva alla sezione di nuova istituzione, all'art. 5, n. 7, la sola competenza a giudicare « dei ricorsi per la revoca o modificazione amministrativa degli atti o provvedimenti delle autorità amministrative nei termini e in applicazione dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E ». L'intento della disposizione risultante dalla relazione governativa (e già enunciato nelle relazioni ai disegni di legge del 1884 e del 1886), era quello di dare « alla parte, che non si contenta degli effetti civili della decisione dell'autorità giudiziaria, il mezzo di far cadere interamente il provvedimento illegittimo dell'autorità amministrativa ».

La disposizione diventò nel testo modificato dall'Ufficio centrale del Senato quella contenuta nell'art. 4, n. 4, in base alla quale veniva fatta rientrare nella competenza di merito della IV sezione la decisione dei « ricorsi diretti a ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico » : disposizione poi approvata dal Senato e dalla Camera dei deputati, passata nel testo definitivo della legge (art. 4, n. 4), e tramandata fino a noi (art. 27, n. 4, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054).

La modificazione del testo del progetto governativo era stata ispirata — come si legge nella relazione dell'Ufficio centrale del Senato, estesa dal Costa — da un lato, dal criterio che « fosse più corretto valersi, per quanto era possibile », nell'enunciare la disposizione « delle parole stesse adoperate nell'art. 4 della legge 20 marzo 1865 » ; e, dall'altro, dalla considerazione « che non fosse esatto concentrare l'intento del ricorso nella *revoca* e nella *modificazione* dell'atto o provvedimento dichiarato lesivo di un diritto civile o politico. Non sempre, per eseguire il giudicato, tale revoca o modificazione può essere

necessaria; e ad ogni modo non nuoce e può giovare valersi di una forma più generale e comprensiva ».

In sede di discussione, nella seduta del 22 marzo 1888, ebbe modo di osservare l'Auriti — alto magistrato ed autorevole componente dell'Ufficio centrale — che il divieto fatto dalla legge del 1865 all'autorità giudiziaria di revocare o modificare l'atto amministrativo « fu una sapiente limitazione, imperocché quando l'autorità amministrativa deve conformarsi al pronunziato giudiziario per la restaurazione del diritto leso, può farlo sia con esecuzione diretta, sia con altro mezzo che possa rendere legittimo ciò che fino a quel momento fosse stato irregolare od abusivo » (p. es., una volta dichiarata dal magistrato l'illegittimità di una occupazione di immobili privati, l'amministrazione potrebbe riparare all'illegittimità o restituendo il bene, ovvero iniziando o compiendo quella procedura di espropriazione per pubblica utilità dapprima omessa o svolta irregolarmente): donde la necessità — cui intendeva sopperire il testo legislativo in esame innanzi al Senato — di fornire ai singoli un mezzo legale per far valere « l'obbligo dell'autorità amministrativa (enunciato nell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo) di conformarsi al giudicato della magistratura, in quanto al punto deciso, pur mantenendosi nella latitudine che sopra abbiamo detto » [14].

E nella stessa seduta il relatore Costa a sua volta osservò che, siccome in base all'art. 4 della legge del 1865 le sentenze pronunciano soltanto sugli effetti dell'atto amministrativo, rimanendo, per quanto riguarda l'affermazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo, « nel campo ideale, nel campo della dichiarazione del diritto », si rende indispensabile, al fine di « tradurre in fatto » queste « dichiarazioni di diritto », una operazione di « applicazione » e di « confronto tra il diritto dichiarato dalla magistratura e il fatto a cui questo diritto dovrebbe essere riferibile: e qui si presenta un campo di apprezzamenti, di opinamenti, di preferenze, nel quale l'amministrazione è libera di provvedere in quel modo che può conciliare il rispetto al giudicato con le necessità di governo »: donde l'esigenza di istituire il rimedio contenzioso previsto dal progetto in esame, al fine di

---

[14] La convinzione che l'art. 4 della legge del 1865 imponesse all'amministrazione l'obbligo di uniformarsi al giudicato risulta espressa anche nell'intervento del sen. Pierantoni nella medesima seduta (« La legge abolitiva del contenzioso amministrativo, per mantenere la divisione tra il potere amministrativo e il giudiziario, sanzionò che l'amministrazione doveva uniformarsi al giudicato »).

sottoporre a sindacato il provvedimento amministrativo adottato a séguito della sentenza, « per eseguirla ».

10. — L'affermazione della esistenza, in base all'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo, di un « obbligo » dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali risulta dunque espressamente enunciata per la prima volta nel testo elaborato e approvato dal Senato della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato; e nei lavori di quella assemblea si trova anche enunciata con sufficiente chiarezza la portata di quell'« obbligo ». Altrettanto risulta dalla discussione della medesima legge innanzi alla Camera dei deputati (15). In quella sede la discussione fu in complesso meno perspicua, e l'interesse di essa si concentrò essenzialmente sulla appartenenza o meno al Consiglio di Stato, in base al nuovo testo legislativo, di un potere di revocare o modificare esso stesso l'atto amministrativo illegittimo che l'amministrazione non avesse curato di revocare o modificare a séguito del giudicato (16). Una particolare sensibilità per il più delicato aspetto del problema rivelò peraltro il presidente della commissione Mazza, il quale sottolineò che, una volta decisa in sede giudiziaria favorevolmente al privato contendente con la amministrazione la controversia circa i propri diritti, rimane pur sempre aperta la questione relativa a « quell'interesse amministrativo in nome del quale si combatteva il diritto del privato in giudizio, e che, sebbene respinto in sede di puro diritto, ha mestieri di difesa e di tutela nella giurisdizione amministrativa ». Affermando che « in questo risiede essenzialmente l'importanza del giudicato del Consiglio di Stato, cioè nel conciliare l'osservanza piena del giudicato dei tribunali con la soddisfazione di quell'interesse amministrativo, che nella via giudiziaria non ha potuto prevalere come diritto », implicitamente egli affermava che l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato è condizionato da « quell'interesse amministrativo » (17).

---

(15) Sono particolarmente significativi al riguardo gli interventi del rel. Tondi, del deputato Indelli, del ministro Crispi e del presidente della commissione Mazza nella seduta del 6 febbraio 1889.

(16) La tesi positiva fu sostenuta dal deputato Indelli e dal ministro Crispi. Meno convinto ne apparve il relatore Tondi, piuttosto propenso alla tesi che il Consiglio di Stato dovesse limitarsi a una dichiarazione dell'obbligo dell'amministrazione (v. i resoconti della seduta 6 febbraio 1889).

(17) V. i resoconti della seduta 6 febbraio 1889. Riaffermato il concetto che le autorità amministrative si debbono conformare ai giudicati dei tribu-

11. — Alla successiva giurisprudenza fu chiaro fin dal principio che la disposizione dell'art. 4 della legge del 1865, secondo la quale le autorità amministrative « si conformeranno al giudicato in quanto riguarda il caso deciso », non interessa quei « capi » di pronunce giudiziarie rispetto ai quali l'amministrazione è esposta alla possibilità dell'esecuzione forzata secondo le norme del diritto comune (p. es., condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di danaro) — e che per ciò stesso è indubitato che l'amministrazione è tenuta a osservare — ([18]); bensì unicamente quei profili delle pronunce giudiziarie, dei quali (in osservanza della riserva contenuta nello stesso art. 4, secondo cui l'atto amministrativo « non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative ») il raggiungimento delle conseguenze ultime non sarebbe possibile senza un intervento operativo — non importa se distruttivo di situazioni giuridiche preesistenti (revoca o modifica di atti amministrativi) o creativo di situazioni giuridiche nuove (adozione di nuovi provvedimenti) — dell'amministrazione, vale a dire senza una partecipazione attiva di essa alla messa in atto. Nondimeno la IV sezione del Consiglio di Stato si mostrò estremamente guardinga e preoccupata prima di ammettere per la prima volta che ricorresse un'ipotesi di inosservanza di giudicato ai sensi del cit. art. 4: fino al punto che, a costo di forzare il contenuto della disposizione ([19]),

---

nali, il Mazza aggiungeva, a conclusione del suo intervento, sul quale la discussione si chiuse: « ma l'interesse amministrativo, vinto in Cassazione, deve pure avere la sua soddisfazione; e per questo è essenzialmente importante che si istituisca questo magistrato, il quale, conformandosi all'autorità giudiziaria, dia pure, a sua volta, la necessaria soddisfazione al pubblico interesse che lo richiede, e che non gli si può negare senza fallire alla giustizia amministrativa, cui s'intende con questa proposta di legge ».

([18]) V. Cons. Stato, IV sez., 26 aprile 1895, in *Foro it.*, 1895, III, c. 121, e già 10 aprile 1890, in *Foro it.*, 1890, III, c. 57; nonché già prima, p. es., App. Firenze, 17 gennaio 1879, in *Foro it.*, 1879, I, c. 1238 (tra le pronunce a noi più vicine, v. Cons. Stato, V sez., 16 novembre 1937, in *Relazione del Presidente del Cons. di Stato*, 1936-40, II, p. 751 s.; 30 dicembre 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1952, p. 1672; 21 dicembre 1957, in *Cons. Stato*, 1957, I, p. 1648). Vedansi peraltro le anomale decisioni V sez., 28 marzo 1924, in *Giur. it.*, 1924, III, c. 148 (con nota critica di Cammeo, *Questioni sull'obbligo delle amministrazioni di conformarsi al giudicato dei tribunali*), e 30 gennaio 1925, in *Foro amm.*, 1925, I, 2, c. 19, le quali implicitamente sembrano ritenere che tra gli obblighi dell'amministrazione cui si riferisce l'art. 4 della legge del 1865 rientri anche quello del pagamento di una somma di danaro.

([19]) È assai significativa al riguardo la decisione 15 gennaio 1904, in *Foro it.*, 1904, III, c. 17 (con osservazione critica di Forti, il quale ebbe a rinnovare le sue critiche in *Foro it.*, 1908, III, c. 300). Essa affermò che, a séguito

per circa un ventennio non emise alcuna pronuncia in tali sensi. Allorché finalmente giunse poi ad ammettere che ricorresse un caso di applicabilità dell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e dell'art. 4, n. 4, della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, sul presupposto che tali disposizioni avevano effettivamente voluto dire che l'amministrazione fosse tenuta ad adottare i provvedimenti necessari a ripristinare nell'ordine amministrativo la legittimità turbata, la giurisprudenza — in tal senso ispirata dalla

---

del giudicato, il riesame in sede amministrativa dell'atto riscontrato lesivo di un diritto rappresenta una « libera facoltà dell'autorità amministrativa » e non una « necessaria e assoluta conseguenza della pronuncia resa dall'autorità giudiziaria », e che « l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali è tassativamente circoscritto dalla legge soltanto alla particolarità del caso deciso, cioè ai rapporti giuridici concretamente regolati dal giudicato entro l'àmbito delle ragioni private, mentre l'estenderlo anche ai rapporti amministrativi, come se fossero una necessaria dipendenza dei primi, verrebbe a conferire alla sentenza giudiziaria il valore virtuale di una vera e propria revoca del provvedimento, contrariamente al pensiero della legge, riducendo coattivamente il consecutivo compito dell'autorità amministrativa a una superflua espressione materiale di siffatto supposto ed implicito giudizio »: pertanto « l'obbligo di conformarsi al caso deciso non può importare per l'autorità amministrativa se non l'obbligo di reintegrare il diritto privato nella forma e nei precisi termini in cui fu affermato e dichiarato dall'autorità giudiziaria, senza che tale dichiarazione di diritto valga ad infirmare di per sé stessa l'atto, in quanto possa ancora sussistere e spiegare la sua efficacia nei rapporti ben distinti dell'azione amministrativa ». La decisione continuava poi asserendo che la giurisdizione istituita dall'art. 4, n. 4, della legge del 1889 non volle rappresentare « un sussecutivo rimedio contenzioso in questa sede, capace di dare al pronunciato della autorità giudiziaria a difesa dei diritti perfetti la forza tanto più lata di provocare necessariamente la negazione del provvedimento amministrativo e la cessazione di tutti gli altri suoi effetti, essendo in tal caso il ricorso a questa sede concepito ed ammesso non già come un mezzo per conseguire senz'altro la revoca dell'atto nella sua integrità, ma come un rimedio circoscritto espressamente al solo scopo di ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi appunto, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico. Assicurata invero anche praticamente in sede amministrativa la reintegrazione del diritto leso in tutta la categorica estensione delle attività economiche e di ogni altra facoltà materiale o morale che pel giudizio del tribunale competente si ritenne spettare alla parte che sperimentò le sue ragioni per via di azione giudiziaria, l'ulteriore sussistenza dell'atto amministrativo, in quanto non tocchi siffatti individuali interessi garantiti dalla sentenza, costituisce una questione di ordine puramente amministrativo », rimessa al prudente arbitrio dell'amministrazione e in ordine alla quale al privato non sarebbe dato il rimedio istituito dall'art. 4, n. 4, della legge del 1889, ma, se mai, soltanto la possibilità del ricorso generale di legittimità. Vedasi anche la decisione del Consiglio di Stato, IV sez., 9 marzo 1907, in *Foro it.*, 1907, III, c. 57.

dottrina del tempo [20] — limitò decisamente tale ammissione, affermando che « conformarsi al giudicato » non significa « applicare le sentenze *sic et simpliciter* nei loro precisi termini », bensì implica « la autorità nell'amministrazione di introdurvi tutti quei temperamenti, tutte quelle discrezionalità, che, salva la sostanza, formarono sempre in ogni epoca l'essenza di qualsiasi amministrazione pubblica, in forza dei quali devesi applicare le leggi e sentenze secondo l'opportunità e secondo le diverse convenienze dei casi » [21]: per l'amministrazione « conformarsi al giudicato vuol dire non solo conformarsi alla sua disposizione materiale apparente, ma altresì al suo spirito intrinseco, al suo contenuto »; e appunto sulla base di tale esigenza il legislatore riconobbe al Consiglio di Stato « autorità esclusiva d'interpretare la volontà inclusa nel giudicato ».

Tuttavia proprio in quel medesimo torno di tempo cominciò ad affermarsi una giurisprudenza meno restrittiva, la quale riconobbe la sussistenza di un vero e proprio dovere dell'amministrazione di revocare i provvedimenti dichiarati illegittimi in sede giudiziaria [22] e di adottare gli altri provvedimenti destinati a eliminare le situazioni dichiarate dall'autorità giudiziaria lesive di diritti [23]. Anche questa giurisprudenza fece però salva all'amministrazione una valutazione di merito circa i provvedimenti da adottare [24], giungendo a tal riguardo persino ad ammettere che l'amministrazione, per ragioni gravi ed eccezionali, mantenesse in vita la situazione accertata illegittima, limitandosi a corrispondere al privato leso nei propri diritti l'*id quod interest* [25].

---

[20] Nella sentenza Cass., 18 gennaio 1909, in *Foro it.*, 1909, I, c. 227, vengono espressamente ricordati il Mantellini, il Pescatore, il Gabba. Ma si ricordi anche l'intervento dell'on. Mazza nella seduta della Camera dei deputati del 6 febbraio 1889, ricordato *supra* al n. 10.

[21] Cass., 18 gennaio 1909, cit.; v. anche Cons. Stato, IV sez., 15 gennaio 1904, cit.

[22] Cons. Stato, V sez., 29 aprile 1910, in *Foro it.*, 1910, III, c. 198 (l'amministrazione fu ritenuta obbligata a revocare il provvedimento amministrativo che disponeva illegittimamente il passaggio di un tratturo per la proprietà del ricorrente).

[23] Cons. Stato, V sez., 3 giugno 1910, in *Giur. it.*, 1910, III, c. 337 (l'amministrazione fu ritenuta obbligata a restituire un fondo illegittimamente occupato, previa distruzione delle opere abusivamente eseguitevi). V. anche V sez., 10 maggio 1912, in *Giur. it.*, 1912, III, c. 212.

[24] Cons. Stato, V sez., 3 giugno 1910, cit.

[25] Cons. Stato, V sez., 30 dicembre 1910, in *Giur. it.*, 1911, III, c. 87 (con nota di Cammeo, *La esecuzione delle sentenze contro l'amministrazione pubblica e i poteri della V sezione*): 11 giugno 1920, in *Rep. Giur. it.*, 1920, voce « Giustizia amministrativa », n. 38.

Solo in epoca relativamente recente la giurisprudenza è giunta ad affermare che la circostanza che l'amministrazione non possa essere astretta all'adempimento dei propri obblighi e si trovi quindi nella possibilità di fatto di rifiutare un comportamento dovuto — e in particolare quello dell'osservanza dei giudicati ordinari e speciali — offrendo invece il risarcimento dei danni ([26]), non importa che essa abbia un diritto in tal senso, giacché « non può essere un diritto la violazione di legge » ([27]) : l'effetto degli ostacoli in cui il privato per ragioni di fatto si imbatte riguardo alle sue pretese nei confronti dell'amministrazione « è quindi quello soltanto di sostituire una specie di sanzione ad un'altra in caso di comportamento illecito dell'amministrazione stessa, non già quello di togliere a tale comportamento il carattere dell'illiceità ». E, mentre è stato ulteriormente precisato che il porre in essere gli atti amministrativi necessari in conseguenza di un giudicato rappresenta l'adempimento di un obbligo di legge e non un atto di esecuzione in senso processuale ([28]), è stato d'altro lato chiarito che l'amministrazione non può in nessun caso opporre alla necessità di conformarsi ad un giudicato motivi di interesse pubblico o di opportunità ([29]), pur invocandosi talvolta male a proposito la regola *factum infectum fieri nequit* ([30]), o affermandosi che l'ammini-

---

([26]) V., da ultimo, anche Cass., 16 giugno 1958, n. 2072, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, c. 607 (con annotazione di CANNADA-BARTOLI, *In tema di processo amministrativo e d'interferenze con l'azione giudiziaria*).

([27]) Cons. Stato, IV sez., 6 ottobre 1936, in *Giur. it.*, 1937, III, c. 66 (con nota di CAMMEO, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*); V sez., 20 gennaio 1951, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, c. 138.

([28]) Cons. Stato, V sez., 16 novembre 1937, in *Relazione del Presidente del Cons. di Stato*, 1936-40, II, p. 751 s.; 16 dicembre 1950, in *Foro amm.*, 1950, I, 2, c. 99; 30 dicembre 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1952, p. 1672.

([29]) Cons. Stato, VI sez., 18 ottobre 1949, e IV sez., 10 febbraio 1950, rispettivamente in *Foro amm.*, 1950, I, 3, c. 53, e I, 1, c. 189; VI sez., 27 settembre 1951, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1951, p. 1086; ad. plen., 3 luglio 1952, ivi, 1952, p. 992; Cass., 8 luglio 1953 n. 2157, in *Foro amm.*, 1953, II, 1, c. 182. Cfr., peraltro, IV sez., 22 maggio 1953, in *Cons. Stato*, 1953, I, p. 443, dove si ammette che l'amministrazione possa sottrarsi alla osservanza del giudicato « per gravi motivi di ordine pubblico », da enunciare espressamente in motivazione; V sez., 23 gennaio 1959, riassunta ivi, 1959, I, p. 58, nella cui motivazione si ammette che « in eccezionali ipotesi di imponente interesse pubblico » l'autorità amministrativa sia tenuta a « temperare e coordinare le esigenze dell'amministrazione e quelle del privato ».

([30]) Cons. Stato, IV sez., 8 novembre 1944, inedita (v. però la massima in *Foro amm.*, 1944, I, 1, c. 63), dove si afferma che l'amministrazione non è tenuta a riammettere immediatamente in servizio un impiegato il licenziamento del quale sia stato annullato in sede giurisdizionale, quando non vi sia disponibilità di posti per essere tutti i posti del ruolo attualmente coperti.

strazione dispone di una certa discrezionalità in ordine alle modalità e al tempo dei provvedimenti a tal fine occorrenti ([31]), o eludendosi, con speciose argomentazioni, l'esigenza di trarre dal comportamento riottoso dell'amministrazione le dovute conseguenze ([32]).

12. — Dallo svolgimento storico sommariamente delineato risulta, in primo luogo, che nel secondo comma dell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo la proposizione secondo cui le autorità amministrative « si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso » non attiene a quei profili delle pronunce giudiziarie che sono suscettibili di esecuzione nelle forme del diritto comune (profili ai quali si riferisce soltanto il primo comma dell'art. 4); bensì, collegandosi intimamente alla proposizione che la precede (cui è sintatticamente e storicamente connessa) ([33]), secondo la quale « l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità

([31]) Cons. giust. amm. reg. sic., 17 luglio 1953, n. 156, in *Cons. Stato*, 1953. I. p. 745.

([32]) In un caso di mancata restituzione da parte di un Comune, a séguito di giudicato civile, di un fondo occupato *sine titulo* e nel frattempo trasferito ad altro ente pubblico, il Cons. Stato, IV sez., 9 aprile 1956, in *Cons. Stato*, 1956, I, p. 494, rigettò il ricorso, limitandosi ad affermare che la seconda amministrazione « è da ritenersi che vorrà invitare il Comune a legalizzare lo stato di fatto, provvedendo come di ragione ». Cfr. anche V sez., 26 aprile 1958, ivi, 1958, I, p. 457, che affermò che l'osservanza della sentenza del giudice ordinario che dichiarava l'obbligo di un Comune di vendere al ricorrente un certo terreno trova insormontabile ostacolo nel pubblico interesse quando, sia pure nelle more del giudizio civile, il terreno stesso sia stato trasformato in pubblica piazza (onde in simili casi il privato deve accontentarsi del risarcimento del danno). In relazione a questo caso è peraltro da osservare che la destinazione del terreno ad area pubblica importava revoca del deliberato di far luogo alla alienazione del terreno stesso: revoca ben ammissibile, nulla escludendo, fin quando la proprietà non sia stata trasferita dall'amministrazione al privato, l'esercizio, da parte della prima, dello *ius poenitendi*. Onde, da un lato, il giudice ordinario non avrebbe dovuto in siffatte condizioni dichiarare l'obbligo del Comune di trasferire il terreno al privato verso cui si era impegnato (ma, se mai, riconoscere al privato soltanto un diritto non di risarcimento ma di indennizzo); e, dall'altro, il Consiglio di Stato, posto che l'autorità giudiziaria avesse effettivamente dichiarato l'obbligo dell'amministrazione, avrebbe dovuto dichiarare che quest'ultima, nella situazione di fatto esistente, poteva e doveva liberarsi dell'obbligo revocando formalmente l'originaria delibera di impegno alla vendita e indennizzando il privato verso il quale l'impegno era stato assunto.

([33]) Cfr. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 846; GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., p. 398 s.

amministrative », attiene soltanto a quei profili delle pronunce giurisdizionali, che, appunto in base a quest'ultima proposizione, non siano suscettibili di diventare effettivamente operanti se non a séguito dell'emanazione di un atto dell'autorità amministrativa, di volta in volta distruttivo di preesistenti situazioni giuridiche o creativo di situazioni giuridiche nuove. In secondo luogo risulta che almeno dal tempo dell'emanazione della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato non può dubitarsi che nel sistema in vigore il « conformarsi al giudicato dei tribunali » rappresenta per l'amministrazione un vero e proprio dovere giuridico, e non una mera facoltà.

Nella pratica amministrativa e giurisdizionale vi fu peraltro inizialmente un rimarchevole fenomeno di vischiosità, il quale — durante un periodo che si può far giungere, grosso modo, fino al 1910 — condusse la giurisprudenza ad evitare di riconoscere che nei casi sottoposti al suo esame ricorressero ipotesi di inosservanza del dovere di « conformarsi al giudicato » e a negare che questo dovere consistesse nell'« applicare le sentenze *sic et simpliciter* nei loro precisi termini ». In una seconda fase — durata pressappoco un ventennio — la giurisprudenza, pur configurando in termini formalmente più rigorosi il dovere giuridico dell'amministrazione, ne mitigò sostanzialmente la portata ammettendo che l'amministrazione, per gravi ragioni di interesse pubblico, mancasse di osservarlo. Soltanto nell'ultima fase — che dura da circa un venticinquennio e si è decisamente caratterizzata dopo il ritorno al regime democratico — la giurisprudenza è pervenuta ad affermare categoricamente che all'amministrazione non è consentito sottrarsi al dovere di cui si tratta. In tal modo essa si è venuta, sia pur con molta lentezza, adeguando alle conquiste della legislazione del primo periodo dello Stato italiano unificato, le quali tuttavia, come è noto, non avevano, esse stesse, soddisfatto gli spiriti più liberali (il fenomeno della lentezza della prassi amministrativa e giurisdizionale nel seguire gli impulsi del legislatore al progresso delle istituzioni è purtroppo nella nostra storia fenomeno non nuovo ([33-bis]) e non conchiuso).

([33-bis]) Vedansi, al riguardo, le amare considerazioni dell'ORLANDO, *La giustizia amministrativa*[1], nel *Primo trattato completo di dir. amm. it.*, diretto dallo stesso, III, Milano, 1899, p. 633 ss., e del ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amm.*, ivi, p. 612.

II

Consistenza ed estensione dell'obbligo di conformarsi

Sommario: 13. Necessità della esistenza della « cosa giudicata » perché nasca l'« obbligo » di conformarsi al giudicato. — 14. Sussistenza dell'« obbligo » anche in relazione ai giudicati dei giudici speciali. — 15. L'« obbligo » di conformarsi al giudicato come dovere dell'amministrazione non di eseguire le statuizioni del giudice, ma di porre in essere gli atti e le operazioni occorrenti per rendere lo stato di fatto conforme allo stato di diritto definito dal giudice. — 16. Consistenza dell'« obbligo » nel caso di giudicati di contenuto dichiarativo e nel caso di giudicati di contenuto costitutivo. — 17. Casi nei quali all'amministrazione è consentita una scelta circa il modo di « conformarsi ». — 18. L'estensione dell'« obbligo di conformarsi » nelle applicazioni della giurisprudenza. — 19. Caratteristiche che deve possedere la conseguenzialità dell'« obbligo » dell'amministrazione rispetto al giudicato perché possa parlarsi di un « obbligo » derivante dal giudicato: *a*) necessarietà (applicazioni); — 20. *b*) specificità (applicazioni); — 21. *c*) immediatezza (applicazioni); — 22. *d*) attualità (applicazioni). — 23. La natura dell'« obbligo di conformarsi ». Non trattasi di dovere *ex officio* e correlato a un diritto del beneficiario del giudicato. Trattasi di dovere in senso stretto (e non di obbligo), tassativo e assoluto, le modalità del cui adempimento sono discrezionali solo nei limiti in cui il giudicato lasci aperte più strade. Solo mediante l'adozione di ordinanze necessitate l'amministrazione può sottrarsi all'osservanza del giudicato. — 24. Diritto soggettivo del beneficiario del giudicato a che l'amministrazione dia esecuzione alla decisione *ex* art. 27, n. 4, t.u. Consiglio di Stato conseguente alla mancata osservanza del giudicato.

13. — Terminata l'esposizione storica, cerchiamo ora di analizzare in sé la consistenza, l'estensione e la natura del dovere di cui ci occupiamo.

L'« obbligo di conformarsi » nasce per l'amministrazione col prodursi del giudicato, e cioè nel momento in cui la pronuncia giurisdizionale passa in cosa giudicata.

È inesatta dunque la tesi che nell'art. 4 della legge del 1865 la parola « giudicato » sarebbe stata usata in senso improprio per indicare qualsiasi pronuncia giurisdizionale esecutiva (84). Come si ve-

(84) In tali sensi invece Cons. Stato, V sez., 29 aprile 1910, in *Foro it.*, 1910, III, c. 198, nonché 31 gennaio 1947, in *Foro it.*, 1947, III, c. 166. Nel senso del testo Cons. Stato, VI sez., 21 novembre 1950, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 855; IV sez., 11 giugno 1954, in *Cons. Stato*, 1954, I, p. 529; *id.*, 25 febbraio 1955, ivi, 1955, I, p. 134; VI sez., 25 ottobre 1955, ivi, 1955, I, p. 1162. In dottrina vedasi, nel primo senso, Fragola, *Inadempimento del giudicato e impiego della forza pubblica contro un ente autarchico*, in *Foro it.*, 1947, III, c. 167; Nigro, *Sulla natura giuridica del processo di cui*

drà, l'« obbligo di conformarsi » non inerisce alla esecuzione della pronuncia del giudice, bensì all'esplicazione di un'attività essenzialmente giuspubblicistica conseguenziale a tale pronuncia. Di qui l'esigenza che il dovere di esercitare questa attività non diventi per l'amministrazione ineluttabilmente operante e sanzionato fin quando la pronuncia giurisdizionale non abbia acquistato definitiva certezza — il che può avvenire soltanto attraverso il passaggio in cosa giudicata ([35]). Ciò non toglie però, naturalmente, che anche prima del passaggio in giudicato le pronunce giurisdizionali esecutive producano tutti gli effetti di cui, in quanto tali, siano capaci di per sé sole (e cioè indipendentemente dall'esplicazione di una ulteriore attività amministrativa) ([36]), e che l'inosservanza da parte dell'amministrazione di tali pronunce, se lesiva di diritti, esponga quest'ultima — una volta che si sia formato il giudicato — ai dovuti risarcimenti.

14. — La norma dell'art. 4 della legge del 1865 relativa all'« obbligo di conformarsi » si riferisce esclusivamente al giudicato dei tribunali ordinari: ciò è chiaro, data la *sedes materiae* e la genesi — più sopra esposta — della disposizione. Essa però è espressione di un principio, inerente alla coerenza del sistema, nel quale — per la contraddizion che no'l consente — non è ammissibile che, da un lato sussista un giudicato, e dall'altro sia consentito al soggetto, a svantaggio del quale esso si sia formato — e in particolare all'autorità pubblica —, di ignorarne impunemente il contenuto e le implicazioni attinenti alla materia controversa.

Ben a ragione dunque la giurisprudenza e la dottrina ritengono che l'« obbligo di conformarsi » gravi sull'amministrazione sia per quanto riguarda i giudicati dei tribunali ordinari, sia per quanto riguarda quelli degli altri giudici. Convincimento dal quale è stata tratta la conseguenza che il disposto dell'art. 27, n. 4, del t.u. sul

---

all'art. 27, n. 4, della legge sul Cons. di Stato, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, p. 228 ss. L'opinione dominante è però nel senso opposto (v. GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., p. 427, nota 2).

([35]) Cfr. RANELLETTI, *Sulla esecuzione in via amm. delle decisioni del Cons. di Stato e delle Giunte prov. amm.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 77 ss., configurando peraltro come mera attività di esecuzione del giudicato attività inerenti all'« obbligo di conformarsi » a esso.

([36]) *Contra* RANELLETTI, *op. cit.*, p. 78 s.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*[3], Padova, 1954, p. 290 ss.; i quali peraltro non distinguono dovere di esecuzione dei giudicati amministrativi e « obbligo di conformarsi » a essi (sul quale punto v. nota 39).

Consiglio di Stato trova applicazione non soltanto nel caso di inosservanza dei giudicati dei tribunali ordinari, ma anche nel caso di inosservanza dei giudicati del Consiglio di Stato e delle giurisdizioni assimilate, nonché di quelli degli altri giudici speciali ([37]).

15. — Cerchiamo ora di chiarire il contenuto dell'« obbligo di conformarsi ».

Esso non consiste nell'obbligo dell'amministrazione di *dare esecuzione* — e cioè di portare a effetto — ciò che è disposto nella pronuncia giurisdizionale ([38]). Quest'ultimo obbligo inerisce ad altre

([37]) Fin dalla decisione V sez., 9 marzo 1928, in *Giur. it.*, 1928, III, c. 123, il Consiglio di Stato affermò che l'art. 27, n. 4, del t.u. sul Consiglio di Stato si applica anche ai casi di inosservanza dell'obbligo di conformarsi ai propri giudicati. Subito seguirono le decisioni della stessa sezione 21 marzo 1930, in *Foro amm.*, 1930, I, 2, c. 123; 3 marzo 1931, 30 maggio 1931, 5 dicembre 1931, rispettivamente in *Giur. it.*, 1931, III, cc. 118 e 157, e 1932, III, c. 42 (quest'ultima annotata da CAMMEO, *Diritti patrimoniali ed esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*). La giurisprudenza è oggi concorde in tali sensi (Cass., 8 luglio 1953, n. 2157, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, c. 182). Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 27, n. 4, ai giudicati delle altre giurisdizioni speciali, v. Cons. Stato, IV sez., 25 ottobre 1955, in *Cons. Stato*, 1955, I, p. 1162.

Il problema dell'applicabilità dell'art. 27, n. 4, nei casi di inosservanza di giudicati amministrativi ha dato luogo, in passato, ad autorevoli dubbi in dottrina (CAMMEO, *L'esecuzione delle decisioni del Cons. di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. it.*, 1937, III, c. 76; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*[5], Milano, 1937, p. 515, nota 4; FORTI, in *Foro it.*, 1931, III, c. 68; e tuttora ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*[7], II, Milano, 1954, p. 217 s.). In adesione alla giurisprudenza però esso viene ormai generalmente risolto in senso positivo: v. CODACCI-PISANELLI, *Il ricorso giurisdizionale di merito per l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo*, in *Giur. it.*, 1942, III, c. 135 ss., e partic. c. 138; MIELE, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato rispetto all'attuazione delle decisioni del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1953, II, 1, c. 186; NIGRO, *Sulla natura giuridica*, cit., p. 64 ss.; e, pur non mancando di manifestare perplessità, GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 294; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*[5], Napoli, 1959, p. 599. Nel senso che l'estensione valga anche per i giudicati delle altre giurisdizioni speciali, v. espressamente CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, p. 141.

([38]) Ciò fu chiaro agli antichi scrittori (v., p. es., DE GIOANNIS-GIAQUINTO, *Corso di dir. pubbl. amm.*, III, Firenze, 1881, p. 584 s.), come a quelli recenti (CANNADA-BARTOLI, *Aspetti processuali dell'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, p. 290, con altre indicazioni; KLITSCHE DE LA GRANGE, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, I, p. 387). È appunto in relazione al concetto enunciato nel testo che la dottrina configura come giudizio di cognizione — e non di esecuzione — quello di cui all'art. 27, n. 4, t.u. Cons. di Stato (CAMMEO, *Questioni sull'obbligo delle amministrazioni di conformarsi al giudi-*

esigenze, e discende dal principio generale per cui ogni pronuncia giudiziaria deve ricevere esecuzione — principio del quale sono nient'altro che applicazioni tanto la regola, specificata nell'art. 2910 ss. c.c., dell'eseguibilità in via coattiva, coi mezzi indicati dal codice di procedura civile, delle sentenze civili (la quale peraltro si imbatte nei confronti dell'amministrazione in notevoli limitazioni), quanto la regola dell'eseguibilità in via amministrativa (eventualmente anch'essa coattiva) delle decisioni giurisdizionali amministrative, enunciata negli artt. 88 reg. proc. Cons. Stato e 61 reg. proc. G.P.A. in sede giurisdizionale (39). Dalla esposizione storica che si è svolta risulta invece che la norma che enuncia l'obbligo dell'amministrazione « di conformarsi ai giudicati » fu suggerita dall'esigenza di sopperire, rimettendosene alla stessa amministrazione, all'insoddisfacente stato di cose determinato dalla limitazione dei poteri di pronuncia e di esecuzione giudiziaria nei confronti della pubblica amministrazione. Esso non riguarda dunque l'*esecuzione* delle pronunce giurisdizionali (40). Ed errerebbe chi considerasse casuale il fatto che nell'art. 4 della legge del 1865 non si parla della necessità di eseguire il giudicato, bensì della necessità di « conformarsi al giudicato » (41) (42).

cato dei tribunali, in *Giur. it.*, 1924, III, c. 150 ss., e partic. c. 152; SALEMI, *La giustizia amministrativa*[3], Padova, 1952, p. 209; CANNADA-BARTOLI, *Aspetti processuali*, cit., p. 290 s.).

(39) Nonostante che la dottrina tenda a identificarli (oltre RANELLETTI e GUICCIARDI, *locc. ult. citt.*, v. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., c. 75), è da ritenere che l'« obbligo di conformarsi » ai giudicati amministrativi è cosa diversa dall'« esecuzione » degli stessi, cui si riferiscono l'art. 88 reg. proc. Cons. Stato, e l'art. 61 reg. proc. G.P.A. Per es. una pronuncia di annullamento di una concessione esaurisce in sé ogni suo effetto, senza bisogno di alcuna esecuzione, eliminando la concessione dal mondo del diritto; ma per « conformarsi al giudicato » l'amministrazione è tenuta a rimuovere tutti gli effetti materiali dell'atto di concessione. Né può ritenersi che nella prassi giurisprudenziale il concetto di « esecuzione » venga inteso in senso più largo fino a comprendervi l'« obbligo di conformarsi », sol perché anche nelle decisioni di semplice annullamento il giudice, impiegando una clausola tradizionale, « ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa »: si tratta infatti di una clausola rituale, la quale viene inserita persino nelle decisioni di rigetto, e alla quale non può essere riconosciuto alcun valore, come non può esserne riconosciuto al fatto che essa sia stata eventualmente omessa.

(40) Almeno per quanto riguarda le pronunce dei giudici ordinari, ciò è pacifico. V., in giurisprudenza, p. es., Cons. Stato, V sez., 21 dicembre 1957, in *Cons. Stato*, 1957, I, p. 1648. Si ricordi che, mentre i disegni di legge presentati dal Nicotera nel 1877 e dal Depretis nel 1880, nel 1884 e nel 1886 deferivano al Consiglio di Stato anche i giudizi sulle questioni di esecuzione delle sentenza civili (v. *supra*, n. 8), il disegno di legge Crispi del 1887, uniforman-

L'esecuzione attiene alle sole pronunce giurisdizionali (dei giudici ordinari o amministrativi) che ordinino (di dare, di fare, di non fare) alcunché (sentenze civili ed amministrative di condanna; decisioni amministrative di merito), e anzi ai soli « capi » del dispositivo di esse in cui siano contenuti ordini siffatti [43] — i quali solo raramente (e anzi eccezionalmente) sono ammessi nei confronti della pubblica amministrazione. L'« obbligo di conformarsi » si riferisce invece alle pronunce giurisdizionali di altro contenuto, e precisamente alle pronunce dichiarative e costitutive, nonché alle implicazioni dichiarative inerenti all'oggetto del giudizio contenute nelle stesse pronunce che ordinano alcunché o che hanno contenuto costitutivo [44].

« Conformarsi al giudicato » non consiste dunque, per l'amministrazione, nel dare esecuzione (e cioè nell'adempiere [45]) ai comandi contenuti nel giudicato (lo stesso imperativo di « conformarsi al giudicato » non ha la sua fonte nel dispositivo della sentenza, ma nella legge) [46], bensì nel porre in essere tutte le attività occorrenti perché

---

dosi all'emendamento introdotto dall'Ufficio centrale del Senato al disegno Depretis del 1886, volutamente eliminò tale competenza (v. *supra*, n. 9).

[41] Cfr. CAMMEO, *Questioni*, cit., p. 153. Altra spiegazione della diversità di formula in GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., p. 399; altra ancora in BACHELET, *Recensione* a PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 351 s.

[42] Altro problema è se, in virtù di interpretazione integrativa, la norma dell'art. 27, n. 4, t.u. Cons. Stato, che riguarda la competenza di questa giurisdizione a decidere dei ricorsi relativi ai casi di inadempimento dell'« obbligo di conformarsi », possa essere estesa anche ai casi di inadempimento dell'obbliga di esecuzione in quelle ipotesi in cui l'obbligo stesso rimarrebbe altrimenti privo di tutela giurisdizionale e incoercibile (esecuzione delle decisioni giurisdizionali amministrative). Come è noto, la giurisprudenza — la quale non tiene presente che si tratta di ipotesi diverse — ritiene applicabile anche in simili casi l'art. 27, n. 4.

[43] Che l'attività di esecuzione di pronunce giurisdizionali riguardi le sole pronunce che contengano dei comandi (sentenze di condanna) può dirsi pacifico. V., per tutti, CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., c. 70; CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ.*², I, Padova, 1943, p. 59.

[44] Circa la operatività del giudicato anche in relazione a tali implicazioni dichiarative, v. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, cc. 72, 77, 82; *L'esecuzione*, cit., c. 71 s. In giurisprudenza v. da ultimo Cass., 21 marzo 1958, n. 935, in *Mass. Giust. civ.*, 1958, p. 328; 5 giugno 1959, n. 1684, ivi, 1959, p. 577.

[45] Cfr. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., c. 69.

[46] Cfr. NIGRO, *La natura giuridica*, cit., pp. 10, 47 s., che aderisce alla tesi di CANNADA-BARTOLI, *Aspetti processuali*, cit., p. 261 ss., secondo la quale, rispetto all'« obbligo di conformarsi » il giudicato opererebbe non come atto, bensì come mero fatto. Per un caso analogo, e per gli atteggiamenti della dottrina al riguardo, v. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronuncie della Corte cost. sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 43 e note ivi.

— a parte e oltre l'esecuzione [47] — lo stato di fatto determinato dall'amministrazione sia reso conforme, e cioè consono, allo stato di diritto definito dal giudice, eliminando ogni contrasto giuridico con esso [48]. Consiste cioè nella eliminazione delle situazioni di fatto (precedentemente poste in essere) in contrasto col (sopravvenuto) giudicato, nonché nella realizzazione delle situazioni di fatto necessarie per raggiungere una corrispondenza (qualsiasi possa essere) con lo stato di diritto affermato dal giudicato [49]. Più precisamente consiste nel porre in essere tutti gli atti giuridici e tutte le operazioni occorrenti per la realizzazione del fine anzidetto. Si tratta di una attività la quale presuppone esaurita quella giurisdizionale, ed è istituzionalmente destinata a svolgersi al di fuori e al di là dei limiti in cui questa è in grado di operare. Una attività, la quale si esplica

---

([47]) Si ricordino le parole del Mancini nella seduta della Camera dei deputati del 9 giugno 1864, riferite *supra*, n. 5.

([48]) Che l'osservanza del giudicato consista nella realizzazione di una situazione di fatto in consonanza con quella di diritto affermata dal magistrato, risulta particolarmente evidenziato, ad es., nelle decisioni del Cons. Stato, VI sez., 27 settembre 1951 e 5 febbraio 1952, e ad. plen., 3 luglio 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, rispettivamente 1951, p. 1084 e 1952, pp. 217 e 987, e nella importante sentenza della Corte di cassazione, 8 luglio 1953, n. 2157, in *Foro amm.*, 1953, II, 1, c. 182 (v. anche, da ult., Cass., 23 dicembre 1959, n. 3583, in *Mass. Giust. civ.*, 1959, p. 1211). Vale anzi la pena di ricordare che nella dottrina è comune il rilievo che, mentre l'attività del giudizio di cognizione consiste nel « trasformare il fatto in diritto », l'attività di esecuzione (alla quale, sotto il profilo in esame, quella di « conformarsi al giudicato » va certamente avvicinata) consiste nel « trasformare il diritto in fatto » (v. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1953, *ad* art. 2910, p. 362; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto dallo stesso, Napoli, 1959, p. 283 s.). Con specifico riferimento alla materia in esame, vedasi l'intervento del senatore Costa, relatore del disegno di legge per la istituzione della IV sez. del Consiglio di Stato, nella seduta del Senato del 22 marzo 1888, dove si legge che le dichiarazioni di diritto contenute nel giudicato, « per essere tradotte in fatto hanno bisogno di un altro processo razionale e cioè l'applicazione e il confronto tra il diritto dichiarato dalla magistratura e il fatto a cui questo diritto dovrebbe essere riferibile » (v. *supra*, n. 9),

([49]) Con riferimento al potere spettante al Consiglio di Stato in sede di ricorso *ex* art. 27, n. 4, del relativo t.u., in caso di inosservanza del giudicato, da parte dell'amministrazione, la giurisprudenza suole invece impropriamente asserire (ma le applicazioni sono poi più esatte dell'affermazione astratta) che il potere stesso è « limitato alla semplice ricostruzione della situazione giuridica preesistente all'atto impugnato, eliminando le conseguenze dirette di questo e mettendo l'amministrazione e l'interessato in una posizione del tutto identica a quella mutata o pregiudicata dal provvedimento illegittimo » (Cons. Stato. VI sez., 27 settembre 1951, cit.).

in un campo precluso a quella giurisdizionale, e può aver inizio soltanto dove l'altra cessa ([50]). Una attività, inoltre, che non presuppone necessariamente esaurita l'attività di esecuzione, ben potendo esplicarsi in una sfera del tutto diversa da quella di quest'ultima.

Essa consiste, da un lato, nel porre in essere tutti gli adempimenti (atti giuridici e mere operazioni) occorrenti perché le innovazioni delle situazioni giuridiche operate mediante le pronunce giurisdizionali costitutive vengano effettivamente attuate e rese operanti nella realtà materiale; e dall'altro nel porre in essere tutti gli altri adempimenti necessari perché la realtà materiale venga d'ora in avanti a corrispondere, in un modo purchessia, a quella che le pronunce dichiarative (o le enunciazioni dichiarative formulate in occasione e in funzione di pronunce contenenti ordini o di pronunce costitutive) ebbero ad affermare dover essere la situazione conforme a diritto (*was rechtens sein soll*). Ecco perché, anche nel caso che la pronuncia giurisdizionale consista nella condanna dell'amministrazione a risarcire i danni inflitti a un altro soggetto col suo comportamento *contra ius*, l'amministrazione è nondimeno tenuta, per conformarsi a tale giudicato, a rimuovere la situazione *contra ius* ([51]), salvo che per la

---

([50]) CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit., c. 70 ss.; *Questioni sull'obbligo*, cit., c. 152, dice che l'attività in questione rappresenta la continuazione di quella giurisdizionale.

([51]) Giurisprudenza pacifica da data remota: v. Cons. Stato, V sez., 29 aprile 1910, in *Foro it.*, 1910, III, c. 198. Altre indicazioni in GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., nota 2 a p. 420, il quale ricorda anche che la dottrina prevalente è nei medesimi sensi, e riferisce i vari orientamenti dottrinali relativi al rapporto tra condanna giudiziaria dell'amministrazione a risarcire i danni e « obbligo di conformarsi ».

Questo problema (sul quale v. anche CANNADA-BARTOLI, *Osservazioni*, cit., p. 20 ss.; RANELLETTI, *Sulla esecuzione*, cit., p. 85) viene peraltro solitamente affrontato e risolto sulla base di un equivoco: quello che, una volta riscontrata la illegittimità di un atto amministrativo produttivo di danni nei confronti di un altro soggetto, il giudice possa condannare l'amministrazione al ristoro dei danni passati e futuri, come se lo stato di fatto non dovesse essere ripristinato dall'amministrazione *secundum ius* e la situazione di fatto dovesse restare definitivamente quella in atto al momento della pronuncia. La possibilità di siffatte pronunce ricorre invece soltanto in quei casi in cui la situazione reale provocata dall'amministrazione sia irreparabile (p. es., ipotesi di distruzione di un bene); non anche in quei casi in cui essa sia suscettibile di ripristino (p. es., occupazione di un bene). Sembra chiaro che, stante l'obbligo *ex* art. 4 l. 1865 — e comunque la possibilità — per l'amministrazione di far luogo al ripristino, in questi ultimi casi la condanna non può riguardare che i danni prodotti fino al momento della pronuncia, o, tutt'al più, fino al momento in cui il ripristino non abbia luogo (per una applicazione, vedasi la nota direzionale *Immobili privati posseduti*

parte — o eventualmente anche per l'intero — per cui o sia ormai assolutamente impossibile rimuovere la situazione di fatto determinata (*factum infectum fieri nequit*) (si pensi al caso di una ordinanza illegittima di abbattimento di capi di bestiame, in tutto o in parte già portata a esecuzione), o il soggetto antagonista dell'amministrazione preferisca, col consenso di questa, accontentarsi dell'*id quod interest* (v. *infra* n. 23).

16. — Lì dove la pronuncia giurisdizionale, o l'aspetto di essa cui l'autorità amministrativa debba conformarsi, abbia carattere dichiarativo, l'attività che l'amministrazione dovrà svolgere consisterà nel porre in essere, innanzi tutto, gli atti giuridici, di volta in volta negativi (p. es., annullamento dell'atto di revoca di un titolo di studio) o positivi (p. es., delibera di restituzione dell'immobile appreso *sine titulo*) ([52]), e poi tutti gli altri comportamenti (p. es., effettiva restituzione o rilascio dell'immobile), eventualmente occorrenti per far luogo alla rimozione della situazione di fatto ritenuta dal giudice illegittimamente non consona a quella di diritto, a difesa della quale era stata chiesta la tutela giurisdizionale, nonché alla instaurazione di una situazione di fatto conforme alla situazione di diritto definita dalla pronuncia. Instaurazione che non è detto non possa eventualmente aver luogo anche ponendo in essere — sulla base di una diversa procedura, di altri presupposti, ecc. — un atto del medesimo conte-

---

dall'amministrazione sine titulo e destinati a opere pubbliche, in *Riv. giur. edil.*, 1958, II, p. 55).

Ove peraltro, nonostante la eliminabilità da parte dell'amministrazione della situazione *contra ius*, sia per avventura intervenuto un giudicato di condanna a un risarcimento integrale, non per questo l'amministrazione potrà sottrarsi all'osservanza dell'« obbligo di conformarsi » — il quale opera su un piano del tutto diverso (quello delle norme di azione) rispetto al piano dell'obbligo del risarcimento dei danni (quello delle norme di relazione) —; rimarrà però aperta all'amministrazione la possibilità di pretendere la restituzione di quella parte della somma pagata per risarcimento, che la nuova realtà giuridica, successiva al giudicato, sia venuta a dimostrare ingiustamente incamerata dal suo antagonista.

([52]) Che l'osservanza dell'« obbligo di conformarsi » non si esaurisca nel porre in essere atti di annullamento, di revoca o di modifica di precedenti provvedimenti, è stato riconosciuto dagli stessi artefici della legge del 1865 e di quella del 1889. V. espressamente il chiarimento fornito a nome della commissione dal deputato Mancini al deputato Mazza nella seduta del 18 giugno 1864, nonché la relazione dell'Ufficio centrale del Senato (rel. Costa) sulla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, ricordate entrambe *supra*, n. 5.

nuto di quello affermato illegittimo dal giudicato. Ad es., l'annullamento giurisdizionale di un licenziamento non esclude necessariamente la possibilità che l'amministrazione ugualmente licenzi l'impiegato sotto la medesima data, appellandosi a ragioni diverse (p. es., per decadenza dovuta a mancata presenza in servizio, anziché per ragioni disciplinari). « Conformarsi al giudicato » non vuol dire infatti per l'amministrazione realizzare necessariamente il risultato concreto, a tutela e in funzione del quale si mosse il soggetto che intentò il giudizio vittorioso, bensì soltanto realizzare una situazione di fatto che non contrasti in alcun modo (né per omissione, né per commissione; né dal punto di vista formale, né da quello sostanziale) con i profili di diritto affermati dal giudice con specifico riferimento all'oggetto della controversia e posti a base della pronuncia passata in giudicato.

Lì dove invece la pronuncia giurisdizionale da osservare abbia natura costitutiva — come ad es. la sentenza del tribunale, che ai sensi dell'art. 63 l. 25 giugno 1865, n. 2359, pronunci la decadenza di una dichiarazione di pubblica utilità, ovvero la decisione del Consiglio di Stato che ai sensi dell'art. 29 t.u. Cons. Stato annulli un provvedimento di licenziamento, ovvero ancora quella che ai sensi dell'art. 27, n. 3, dello stesso t.u. determini la confinazione tra due Comuni — l'attività che le autorità della pubblica amministrazione dovranno svolgere consisterà nel porre in essere tutti gli atti giuridici e le operazioni di competenza della pubblica amministrazione ([53]) occorrenti perché il provvedimento costitutivo adottato dal giudice abbia effettiva e piena attuazione. Negli esempi fatti la sentenza di decadenza emessa dal magistrato civile e le decisioni rispettivamente di annullamento o di determinazione dei confini intercomunali pronunciate dal magistrato amministrativo rimarrebbero meri *flatus vocis* se non fossero seguìti, rispettivamente, la prima dalla delibera di restituire e dalla effettiva restituzione del cespite al proprietario espropriante; la seconda ([54]) dal provvedimento di riammissione e dalla

([53]) Non anche quelli di competenza dell'autorità giudiziaria (così, p. es., il Cons. Stato, IV sez., 6 dicembre 1955, in *Foro amm.*, 1956, I, 1, c. 121, ha escluso che l'annullamento di un provvedimento di espropriazione comporti l'obbligo del prefetto di ordinare al beneficiario di quel provvedimento il rilascio dell'immobile; v. anche Cass., 23 dicembre 1959, n. 3583, in *Mass. Giust. civ.*, 1959, p. 1211). Per converso l'« obbligo » riguarda tutte le attività di competenza di autorità amministrative: anche di quelle che per avventura siano state estranee al giudizio (cfr. Cons. Stato, V sez., 16 novembre 1937, cit., in *Relazione del Presidente del Cons. di Stato*, 1936-40, II, p. 750).

([54]) La quale peraltro opera di per sé sola la eliminazione dell'atto

effettiva riammissione dell'impiegato al posto di sua spettanza, nonché dall'ordine di pagamento e dalla effettiva corresponsione della retribuzione spettantegli per il periodo durante il quale venne illegittimamente tenuto lontano dal servizio (salva eventualmente l'adozione, ai sensi dell'art. 45 t.u. Cons. Stato, di un nuovo provvedimento di licenziamento, di volta in volta *ex nunc* o *ex tunc*, allorché ne ricorrano le condizioni); la terza dalla delibera di far luogo alla esecuzione e dalla effettiva esecuzione delle operazioni destinate a realizzare materialmente il trasferimento dei territori interessati dalla pronuncia ([55]). Attività tutte precluse ai giudici (salvo che in caso di inosservanza da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi ai giudicati), e riservate alla autorità amministrativa.

È da osservare in argomento che le pronunce giurisdizionali di annullamento di atti amministrativi di rifiuto o di altri atti omissivi (p. es., rifiuto di una concessione o di un'autorizzazione; mancata promozione) vanno, sotto il profilo in esame, trattate alla stregua delle pronunce dichiarative ([56]), dato che — diversamente che per le pronunce di annullamento di provvedimenti commissivi — il problema di « conformarsi al giudicato » qui non si pone per l'amministrazione nel senso della necessità di operare in modo da rimuovere taluni effetti realizzati in virtù del provvedimento annullato (e in ordine ai quali appunto sia operante il carattere costitutivo della pronuncia), bensì nel senso della necessità di porre in essere gli atti e i comportamenti occorrenti per la realizzazione di uno stato di fatto conforme alla affermazione di diritto risultante (non dalla parte costitutiva,

---

illegittimo dal mondo del diritto, senza che a tal fine limitato occorra ulteriormente alcun atto dell'amministrazione (cfr., p. es., nell'antica giurisprudenza, Cons. Stato, IV sez., 2 maggio 1902, in *Giur. it.*, 1902, III, c. 213; e, nella recente, V sez., 10 dicembre 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1952, p. 1653; IV sez., 6 dicembre 1955, in *Foro amm.*, 1956, I, 1, c. 121). Col punto di vista esposto non contrastano né la decisione Cons. Stato, ad. plen., 3 luglio 1952, cit., né quella Cass., 8 luglio 1953, n. 2157, cit., che entrambe affermano — in conformità di quanto enunciato nel testo — che anche le decisioni di annullamento hanno bisogno di essere concretamente portate a effetto dall'amministrazione mediante gli atti e le operazioni conseguenziali. Al riguardo v. peraltro i dubbi di MIELE, *op. cit.*, pp. 186 e 192.

([55]) Esattamente osserva LANDI, *La responsabilità degli impiegati dello Stato per mancata esecuzione del giudicato contro l'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, nota 16 a p. 785, che un problema circa il modo di « conformarsi al giudicato » può sorgere anche nei confronti delle decisioni giurisdizionali di merito. V. già CODACCI-PISANELLI, *Il ricorso giurisdizionale*, cit., pp. 137 e 139 s.

([56]) Cfr. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., c. 71 s.

ma) dalla parte meramente dichiarativa della pronuncia, e in precedenza mai realizzato. Atti e comportamenti i quali — come risulta dal già detto — non debbono tuttavia necessariamente consistere in quelli del cui rifiuto o della cui omissione ebbe a dolersi il ricorrente, ben potendo l'amministrazione — ai sensi dell'art. 45 t.u. Cons. Stato e dell'art. 17 t.u. G.P.A., che ne fanno « salvi gli ulteriori provvedimenti » — adottare nuovamente un atto di rifiuto o di pretermissione, purché esente dai vizi che inficiavano l'originario atto dello stesso contenuto, riscontrato illegittimo dalla pronuncia passata in giudicato.

17. — Da quanto precede emerge che soltanto nel caso che il giudicato, cui l'amministrazione debba conformarsi, enunci che questa non opera *secundum ius* se non tenendo un determinato comportamento (quello e quello soltanto), al quale sia categoricamente tenuta (p. es., l'annullamento della revoca di un atto irrevocabile), l'« obbligo di conformarsi » non può dirsi osservato qualora l'amministrazione non tenga quel comportamento.

Quando invece la situazione antigiuridica riscontrata dal giudicato possa essere ugualmente eliminata per più vie (p. es., nei confronti dell'impiegato illegittimamente licenziato l'amministrazione, oltre che adottare un provvedimento di riammissione, può anche adottarne, quando concorrano le condizioni, uno di licenziamento per diverso motivo; nei confronti dell'immobile occupato *sine titulo*, oltre che disporne la restituzione, può anche adottare, quando concorrano le condizioni, un provvedimento di occupazione d'urgenza in vista di espropriazione per pubblica utilità; nel caso di dichiarazione di illegittimità del rifiuto di una licenza edilizia, oltre che rilasciare la licenza, può adottare, quando concorrano le condizioni, un nuovo provvedimento di rifiuto per motivo diverso), l'amministrazione si conforma al giudicato sempre che prenda una qualsiasi delle vie aperte alla sua scelta; quindi viene meno al suo « obbligo » solo quando rimanga inoperosa, senza provvedere in alcun modo, lasciando immodificato l'illegittimo stato di cose in atto al momento del giudicato.

18. — Portiamo ora l'attenzione sull'estensione dell'« obbligo di conformarsi ».

A séguito del giudicato, come si è detto, l'amministrazione è tenuta a riesaminare la situazione di fatto esistente, alla stregua delle

affermazioni di diritto ad essa attinenti contenute nella pronuncia giurisdizionale, e a determinare e adottare tutte le misure volte a effettuare l'opera di adeguamento della situazione di fatto al giudicato. Ma fino a quali limiti si estende l'opera di adeguamento strettamente inerente al giudicato? È noto che le situazioni e i fatti giuridici sono concatenati in serie, per cui frequenti e anzi normali sono i rapporti di presupposizione e conseguenzialità. Entro quale limite di conseguenzialità può dirsi che, per effetto di un giudicato, l'amministrazione sia tenuta dall'« obbligo di conformarsi »? (57) La risposta a questa domanda ha notevole importanza particolarmente al fine di stabilire i limiti della competenza del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 27, n. 4, del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, riflettente i « ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato... ».

Nella giurisprudenza si riscontrano talune rigorose affermazioni, secondo cui l'obbligo di conformarsi al giudicato riguarderebbe soltanto « i provvedimenti che immediatamente derivano » dalla dichiarazione di illegittimità e la eliminazione delle « conseguenze dirette » dell'atto dichiarato illegittimo, restando a esso estraneo tutto « ciò che deriva indirettamente dal giudicato » come « effetto della reintegrazione » (o « ricostituzione ») a esso conseguente, « riferendosi a una fase di rapporti successivi » : l'effetto del giudicato non andrebbe infatti « oltre la semplice, effettiva eliminazione » dell'atto riconosciuto *contra ius*, « nella sua individualità e nell'oggetto che, in rapporto alla sua causa specifica, ha immediatamente prodotto », mentre l'eliminazione delle eventuali « conseguenze riflesse » non atterrebbe al « caso deciso » (che si identifica con « l'oggetto proprio del giudizio e della relativa pronuncia ») (58). In coerenza con tali affermazioni è stato talvolta negato, ad es., che l'obbligo del pagamento degli stipendi dovuti a un dipendente per il periodo di forzata lontananza dal servizio derivasse all'amministrazione dalla necessità di

(57) Il problema generalmente non viene trattato dalla dottrina. Per qualche cenno, v. FORTI, *Il ricorso al Consiglio di Stato contro il mancato adempimento dell'obbligo della autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della autorità giudiziaria* (1904), in *Studi di dir. pubbl.*, II, Roma, 1937, p. 222; MIELE, *op. cit.*, c. 189.

(58) Cons. Stato, IV sez., 27 settembre 1951, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1951, p. 1084. V. anche, p. es., VI sez., 5 febbraio 1952, ivi, 1952, p. 217 (con indicazioni di altri precedenti); 16 giugno 1953, in *Cons. Stato*, 1953, I, p. 596.

conformarsi al giudicato di annullamento del provvedimento di licenziamento (la cui conseguenza diretta sarebbe soltanto il dovere dell'immediata riassunzione in servizio); e analoga negazione è stata fatta per l'obbligo di ricostruzione dell'anzianità e della carriera dell'impiegato licenziato e riassunto a séguito del giudicato ([59]).

Più spesso però la giurisprudenza ha ammesso che — oltre alla reintegrazione in servizio ([60]) — il pagamento degli stipendi arretrati ([61]) e la ricostruzione della carriera ([62]) (e forse persino l'esame comparativo del dipendente non di ruolo, già licenziato, coi propri colleghi, ai fini della scelta del personale non di ruolo da confermare in servizio alla scadenza del periodo di tempo per cui l'assunzione sia avvenuta ([63])) sono per l'amministrazione obblighi che si collegano direttamente al giudicato di annullamento di un provvedimento di licenziamento.

Se poi si porta lo sguardo oltre la materia del pubblico impiego, si riscontra che non sempre la giurisprudenza ha ritenuto l'« obbligo di conformarsi » circoscritto alle conseguenze connesse tanto strettamente con l'oggetto della pronuncia giurisdizionale da farle considerare « conseguenze dirette » del giudicato. In molti casi la stretta conseguenzialità è evidente: così quando è stato affermato che il giudicato di annullamento della istituzione di un nuovo esercizio farmaceutico importa che l'amministrazione sia tenuta a far chiudere l'esercizio ([64]); che il giudicato di annullamento del provvedimento di epurazione importa che l'impiegato epurato debba essere riassunto in servizio ([65]); che il giudicato di annullamento di un rifiuto importa che l'amministrazione sia tenuta all'adozione del provvedimento ri-

---

([59]) V. la prima delle decisioni cit. *sub* nota prec.; e, per quanto riguarda gli stipendi arretrati, p. es., anche VI sez., 16 giugno 1953, in *Cons. Stato*, 1953, I, p. 598. V. anche MIELE, *op. cit.*, cc. 189, 190.

([60]) V., da ultimo, Cons. Stato, V sez., 7 marzo 1959, in *Cons. Stato*, 1959, I, p. 363.

([61]) Cons. Stato, V sez., 17 febbraio 1950, in *Foro amm.*, 1950, I, 2, c. 224; 1° aprile 1950, ivi, c. 288; 9 gennaio 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1952, p. 34; 27 settembre 1955, in *Cons. Stato*, 1955, I, p. 1072; VI sez., 3 novembre 1953, ivi, 1953, I, p. 1063; Cons. giust. amm. reg. sic., 23 maggio 1953, n. 118, ivi, p. 604.

([62]) Cons. Stato, VI sez., 5 febbraio 1952, cit.

([63]) Cons. Stato, VI sez., 3 dicembre 1951, in *Racc. compl. giur. Cons Stato*, 1951, p. 1457.

([64]) Cons. Stato, ad. plen., 3 luglio 1952. cit.

([65]) Cons. Stato, VI sez., 17 ottobre 1950, in *Foro amm.*, 1951, I, 3, c. 60; IV sez., 8 novembre 1950, ivi, I, 1, c. 138.

fiutato ([66]), o quanto meno al riesame dell'istanza volta a ottenerne l'emanazione ([67]). In altri casi il legame tra il giudicato e l'« obbligo » dell'amministrazione appare però meno stretto: così quando è stato ritenuto che è conseguenza del giudicato di annullamento della graduatoria di un concorso la necessità della formazione della nuova graduatoria con l'inserzione al debito posto del concorrente ingiustamente pretermesso ([68]), e in genere che è in conseguenza del giudicato che l'amministrazione è tenuta a rinnovare i propri atti annullati dal giudice ([69]), e in particolare a rinnovare le procedure di concorso e di scrutinio ([70]), osservando nelle nuove procedure i criteri indicati nelle pronunce giurisdizionali relative alle procedure annullate ([71]); che è in conseguenza del giudicato che essa è tenuta a far demolire le opere delle quali in sede giurisdizionale sia stata annullata la licenza edilizia ([72]), e a far cessare l'esercizio di una concessione che abbia subìto la stessa sorte ([73]).

19. — La verità è che tanto la formula riferita, quanto le applicazioni giurisprudenziali, sono tutt'altro che ineccepibili. Occorre invece ricorrere a una formula più complessa, basata sul carattere *necessario, specifico, immediato* e *attuale* della conseguenzialità tra il giudicato e l'« obbligo » dell'amministrazione.

([66]) Cons. Stato, VI sez., 24 marzo 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1952, p. 468; 20 maggio 1952, ivi, p. 769; Cons. giust. amm. reg. sic., 29 ottobre 1956, in *Cons. Stato*, 1956, I, p. 1296. La prima e l'ultima di tali decisioni sono erronee (e infatti la prima fu annullata dalla Corte di cassazione, 8 luglio 1953, n. 2157, cit.), dato il carattere discrezionale dei provvedimenti da adottare (nel primo caso si trattava di un provvedimento di legittimazione di usi civici; nel terzo di una licenza edilizia; e su di esso v., *infra*, n. 19).

([67]) Cons. Stato, IV sez., 29 marzo 1955, in *Cons. Stato*, 1955, I, p. 276.

([68]) Cons. Stato, VI sez., 20 maggio 1952, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1952, p. 769.

([69]) Cons. Stato, IV sez., 29 ottobre 1954, in *Cons. Stato*, 1954, I, p. 971.

([70]) Cons. Stato, IV sez., 29 ottobre 1954, e 15 dicembre 1954, in *Cons. Stato*, 1954, I, rispettivamente, pp. 974 e 1176.

([71]) Cons. Stato, V sez., 24 febbraio 1951, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1951, p. 133; IV sez., 29 ottobre 1954, cit. *sub* nota prec.

([72]) Cons. Stato, V sez., 19 aprile 1958, e 24 maggio 1958, in *Riv. giur. edil.*, 1958, I, rispettivamente, pp. 407, 592, annotate sfavorevolmente, in conformità di quanto già rappresentato da SANDULLI, *Sui mezzi di tutela del terzo danneggiato da una licenza edilizia illegittima*, in *Riv. amm.*, 1957, p. 529.

([73]) Cons. Stato, VI sez., 23 aprile 1951, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1951, p. 424.

In ordine al primo di tali caratteri, è da osservare che per « conformarsi al giudicato » l'amministrazione è tenuta a porre in essere — salvi i limiti inerenti agli altri caratteri della conseguenzialità or ora enunciati — tutti gli atti giuridici e tutte le operazioni, che, in base ai canoni dell'ordinamento, è doveroso porre in essere in presenza della situazione di diritto affermata dal giudicato: gli atti e le operazioni che si trovino cioè rispetto a essa in relazione di consèguenzialità *necessaria*. Come l'annullamento di un atto illegittimo comporta la caducazione di tutti gli altri atti che si trovano rispetto al primo in relazione di conseguenzialità necessaria, e cioè che ne derivano necessariamente, avendo in esso base oltre che presupposto (si pensi alla nomina del titolare rispetto alla istituzione del posto; alla nomina del sostituto rispetto alla vacanza determinata nell'ufficio dalla rimozione del precedente titolare) ([74]), del pari la definitiva affermazione giurisdizionale di una certa situazione di diritto comporta per l'amministrazione il dovere della realizzazione immediata di tutti gli adempimenti che proprio in quella situazione hanno la base della loro doverosità.

Ecco perché — per ritornare ai casi già riferiti — certamente ineriscono all'« obbligo di conformarsi » la chiusura dell'esercizio farmaceutico del quale sia stata annullata l'istituzione; la riassunzione in servizio dell'impiegato il cui licenziamento sia stato annullato, nonché il pagamento delle competenze spettantigli per il periodo di forzata assenza e la ricostruzione della carriera; il riesame di una istanza della quale sia stato dichiarato illegittimo il rigetto; e simili casi.

Il nesso di conseguenzialità necessaria manca invece lì dove il dovere dell'amministrazione non discenda immancabilmente dalla pronuncia del magistrato. Nel caso dell'annullamento giurisdizionale del rifiuto di una licenza edilizia, ad es., l'ultimo dovere necessariamente conseguenziale dell'amministrazione è il riesame dell'istanza alla stregua dei punti di diritto fissati dal giudicato, mentre non possiede il medesimo carattere anche il rilascio della licenza, posto che

---

([74]) V., p. es., Cons. Stato, ad. plen., 3 luglio 1952, cit., e, da ultimo, V sez., 6 giugno 1959, in *Cons. Stato*, 1959, I, p. 839. Si tratta della applicazione di un principio generale, altra applicazione del quale è che gli effetti della riforma o dell'annullamento di un capo della sentenza si estendono anche ai capi che ne siano dipendenti, essendo legati a esso da un nesso causale, costituendone conseguenziale sviluppo (v., da ultimo, Cass., 4 giugno 1959, n. 1676, in *Mass. Giust. civ.*, 1959, p. 573, e ivi altre indicazioni).

tra il primo dovere e il secondo si inserisce l'esercizio di una potestà discrezionale della amministrazione, le modalità del quale non sono dominate tassativamente dal pronunciato giurisdizionale.

20. — Il secondo attributo che la conseguenzialità dell'« obbligo » deve possedere — quello di collegarsi al giudicato in modo *specifico* — importa che l'« obbligo di conformarsi » non va oltre la necessità di realizzare gli atti e le operazioni destinate a consentire — limitatamente al « caso deciso » (come dice l'art. 4 della legge del 1865) (75) — la traduzione in effetti concreti di quelle sole affermazioni di diritto, inerenti (come si esprime ancora l'art. 4) all'atto amministrativo (*rectius*: al comportamento della amministrazione) considerato dal giudicato, che condizionarono il disposto della pronuncia del giudice, collocandosi in relazione causale rispetto a quest'ultimo. Unicamente gli atti e le operazioni, dunque, la doverosità della realizzazione dei quali discenda dalle affermazioni di diritto del giudicato, relative al comportamento dell'amministrazione, in stretto riferimento al « caso deciso » (il che, come si vede, è cosa ben diversa dalla tesi secondo cui l'« obbligo » riguarderebbe semplicemente il condurre a effetto il disposto della pronuncia). Il dovere di porre in essere altri atti e operazioni non può dirsi che *dipenda* dal giudicato.

Ecco perché inerisce certamente all'« obbligo di conformarsi » la restituzione dell'immobile che il giudicato abbia dichiarato occupato *sine titulo*; l'iscrizione all'università dell'aspirante che, sulla base del riconoscimento del possesso dei titoli richiesti, abbia ottenuto un giudicato di annullamento del rifiuto dell'amministrazione; e, sul medesimo piano (in quanto anche in questa ipotesi il « caso deciso » attiene a un provvedimento amministrativo negativo nei confronti del ricorrente), la formazione di una nuova graduatoria, con l'inserzione al dovuto posto del concorrente che il giudicato di annullamento della precedente graduatoria aveva dichiarato illegittimamente pretermesso.

Non può per contro dirsi che discenda dall'« obbligo » contemplato dall'art. 4 della legge del 1865 — bensì discende da un dovere istituzionale — la necessità che, annullato dal giudicato il licenziamento di un avventizio, l'amministrazione, riassunto in servizio quest'ultimo, ne riesamini la posizione comparativamente con quella dei colleghi, al fine di stabilire se egli dovesse eventualmente esser pre-

(75) Cfr. CANNADA-BARTOLI, *Osservazioni*, cit., p. 21.

ferito agli altri nella rinnovazione del contratto di lavoro alla scadenza della durata di questo, sopravvenuta durante il periodo di forzata assenza dal servizio; e del pari non discende dall'« obbligo » di cui all'art. 4, ad es., il dovere dell'amministrazione di rinnovare un provvedimento dovuto (p. es., un'ordinanza di riparare un immobile riconosciuto pericolante), annullato da un giudicato per difetti formali, quando (diversamente da quanto si è visto accadere, ad es., nei giudizi contro i risultati di scrutini e concorsi) la pronuncia passata in giudicato non sia stata sollecitata e non sia stata adottata in funzione dell'interesse del ricorrente a ottenere, in luogo del provvedimento illegittimo, un nuovo provvedimento amministrativo. In simili casi infatti l'oggetto del dovere di fare dell'amministrazione, che sorge a séguito del giudicato, non coincide con la materia della pronuncia giurisdizionale, e cioè esorbita dal campo del « caso deciso ». Né ha alcuna importanza il fatto che, nel secondo caso, l'amministrazione, quando adotti il provvedimento sostitutivo di quello annullato, è obbligata a tener conto dei princìpi di diritto affermati nel giudicato, e deve quindi evitare di incorrere negli stessi vizi che inficiavano il vecchio provvedimento: questa esigenza infatti non ha che vedere con l'« obbligo » previsto dall'art. 4 della legge del 1865, il quale riguarda soltanto ciò che immediatamente l'amministrazione è tenuta a fare per conseguenza necessaria del giudicato, e non anche ciò che potrà fare in futuro, sia pure in osservanza di un dovere istituzionale.

21. — Il terzo attributo, che necessariamente la conseguenzialità dell'« obbligo » deve possedere per potersi affermare che l'« obbligo » si collega al giudicato, è quello dell'*immediatezza*. Esso sussiste solo quando della doverosità del comportamento dell'amministrazione il giudicato costituisca non semplicemente un presupposto, bensì il fatto determinante. Quando il fatto determinante dell'obbligo sia da ricercare altrove, vuol dire che l'obbligo non inerisce al giudicato, e quindi che l'inosservanza di esso non rappresenta inosservanza dell'« obbligo di conformarsi al giudicato ».

Ciò vale, ad es., per il dovere dell'amministrazione di far cessare le attività e i comportamenti altrui, che, in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo di legittimazione, di permissione, di abilitazione, siano diventati abusivi (p. es., esercizio di una linea automobilistica o costruzione di un edificio, per i quali rispettivamente l'atto di concessione e di autorizzazione siano stati annullati dal giudice). I doveri pubblici che in tali casi vengono in

questione attengono infatti alla potestà di polizia (negli esempi fatti, rispettivamente, polizia dei servizi pubblici e polizia edilizia) e non si collegano se non mediatamente al giudicato; l'effetto del quale, al riguardo, si esaurisce nel rendere non più legittimati o autorizzati l'attività e il comportamento di cui trattasi, e quindi nel farli diventare abusivi e perciò illeciti (non diversamente dall'ipotesi in cui non siano mai stati consentiti).

22. — L'ulteriore carattere che deve possedere la conseguenzialità dell'« obbligo » — quello della *attualità* — comporta che l'« obbligo di conformarsi » riguarda soltanto gli atti e le operazioni, la doverosità della cui emanazione già esista in atto al momento in cui si forma il giudicato: il legislatore del 1865 ebbe infatti riguardo, nell'art. 4, unicamente a ciò che l'amministrazione dovesse fare immediatamente per eliminare lo stato di illegittimità accertato dal giudicato (per « revocare o modificare » — come si esprime l'articolo — l'atto amministrativo dichiarato illegittimo dal magistrato), e non anche ciò che essa dovesse fare in un prossimo o remoto futuro per evitare che quel giudicato venisse trasgredito ([75-bis]).

Ciò implica, ad es., che — contrariamente a quanto affermato da una non recente pronuncia ([76]) — non può considerarsi violazione dell'« obbligo » cui si riferisce l'art. 4 (anche se certamente rappresenta violazione del giudicato e quindi violazione di legge) l'emissione di una ordinanza comunale a tutela del carattere vicinale di una strada di proprietà privata, della quale una sentenza passata in giudicato abbia affermato la libertà da qualsiasi diritto di uso pubblico.

23. — Tentiamo ora di individuare la natura dell'« obbligo di conformarsi ».

Si è visto che nell'art. 4 della legge del 1865 la disposizione che si riferisce alla necessità che le autorità amministrative si conformino ai giudicati è agganciata all'altra, per cui « l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative » ([77]). In base all'articolo il dovere dell'amministrazione è correlato quindi a una istanza (« ricorso »)

([75-bis]) *Contra*, a quanto pare, KLITSCHE DE LA GRANGE, *op. cit.*, p. 387.
([76]) Cons. Stato, V sez., 30 giugno 1916, in *Giur. it.*, 1916, III, c. 348.
([77]) V., per tutti, FORTI, *Il ricorso*, cit., p. 221.

del beneficiario del giudicato (78). Non si tratta dunque di un dovere da osservare *ex officio* (79); bensì di un dovere che l'amministrazione è tenuta a osservare soltanto dietro istanza di parte (il che non esclude peraltro che possa esercitare la facoltà di « conformarsi al giudicato » spontaneamente nell'esplicazione dei propri poteri di autotutela) (80), e all'osservanza del quale gli interessati ben possono rinunciare (81). Ciò è ben logico quando si consideri che il dovere in questione si collega strettamente a una pronuncia giurisdizionale e che l'attività giurisdizionale civile (come pure quella del Consiglio di Stato), avendo la funzione di garantire gli interessi delle parti, è istituzionalmente condizionata dall'iniziativa di queste.

Nondimeno si tratta di un dovere e non di un obbligo in senso stretto; non si tratta cioè di un dovere correlato a un diritto di chi sia interessato alla osservanza di esso (vale a dire del soggetto beneficiario della decisione giurisdizionale). Come mero dovere lo struttura chiaramente l'ordinamento nel configurare come interesse legittimo e non come diritto la pretesa dell'antagonista dell'amministrazione all'osservanza di esso, allorché accorda, pel caso di inosservanza, il ricorso al Consiglio di Stato (art. 27, n. 4, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054) e non l'azione giudiziaria (82). L'amministrazione

---

(78) Nel senso che si tratti di un'istanza e non di un ricorso in senso tecnico, v. GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., p. 428 ss. e partic. p. 432, e già FORTI, *op. cit.*, p. 223. E infatti l'art. 90 reg. proc. Cons. Stato esige, per l'ammissibilità del ricorso di cui all'art. 27, n. 4, t.u., semplicemente che l'amministrazione sia stata « messa in mora ».

(79) *Contra*, CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 156 ss.; CANNADA-BARTOLI, *Osservazioni*, cit., p. 19.

(80) È noto che l'esercizio di tali poteri, e in particolare quello di annullamento in funzione di autotutela, hanno carattere discrezionale. V., per tutti, SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 331 s.

(81) Cfr., Cons. Stato, ad. gen., 29 agosto 1940, n. 308, in *Relazione del Presidente del Cons. di Stato* sul quinquennio 1936-40, II, p. 750.

(82) Cfr., CANNADA-BARTOLI, *Osservazioni*, cit., p. 13 ss.; MIELE, *op. cit.*, p. 187; NIGRO, *op. cit.*, p. 18 ss.; LANDI, *op. cit.*, p. 784. Nel senso che si tratti invece di un vero e proprio diritto, oltre agli autori più antichi, cit. da GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., p. 399 s., v. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., c. 75; GUICCIARDI, *La giustizia amm.*, cit., p. 293; OTTAVIANO, *Note sull'art. 27, n. 4 t.u. sul Cons. di Stato*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, XXX, I, p. 1209; ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubbl. amministrazione*, Milano, 1953, p. 77; KLITSCHE DE LA GRANGE, *op. cit.*, p. 391; nonché — limitatamente all'osservanza dei giudicati amministrativi — NIGRO, *op. cit.*, p. 64. Nei medesimi sensi, con riferimento sia ai giudicati ordinari che a quelli amministrativi, v., in giurisprudenza, App. Milano, 19 maggio 1959, in *Foro pad.*, 1959, I, c. 1121 (con annotazione contraria di A. ROMANO, *In tema di esecuzione del giudicato contro la p.a.*),

allo stesso modo che ha un dovere e non un obbligo a decidere i ricorsi amministrativi — che pure sono mezzi di giustizia a istanza di parte — così ha un dovere e non un obbligo a conformarsi ai giudicati, e cioè a prendere in esame il giudicato e adottare i provvedimenti di volta in volta occorrenti per darvi effettiva attuazione.

Dovere tassativo e assoluto peraltro, e non elastico e relativo ([83]). Allorché ne sia richiesta, l'amministrazione non può sottrarsi all'osservanza del giudicato: né nell'*an*, né nel *quando*, né nel *quomodo*. Se di una qualche discrezionalità essa dispone, ciò è soltanto in quei casi in cui è il contenuto stesso del giudicato a non aver carattere di rigidità: in quei casi cioè nei quali il giudicato lascia aperte all'amministrazione più strade, sicché l'amministrazione può uniformarsi a esso scegliendo tra le varie strade con una certa libertà ([84]): e ciò spiega l'attribuzione al Consiglio di Stato della competenza a giudicare anche del merito dell'adempimento dell'« obbligo di conformarsi » ([85]). Dove invece il comportamento dovuto in conse-

([83]) Cfr. PRESUTTI, *Istituzioni di dir. amm.*[3], III, Messina, 1931, p. 224 ss.; FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato: Studi in occasione del centenario*, III, Roma, 1932, p. 96. La tesi secondo cui l'amministrazione disporrebbe di un'ampia elasticità di potere in ordine all'osservanza dei giudicati ha antiche, autorevolissme radici nella dottrina, ed è tuttora molto diffusa, pur nella notevole varietà delle sue sfumature. Tra i suoi più autorevoli assertori si possono ricordare il Mantellini, il Salandra, l'Orlando, il Mortara, il Vacchelli, il Vitta, il Ranelletti, il Borsi, il D'Alessio, lo Zanobini, (vedili ricordati dal GUICCIARDI, *L'obbligo*, cit., p. 402 — presso il quale, a p. 401, v. anche indicazioni di giurisprudenza nei medesimi sensi — e dal CANNADA-BARTOLI, *Osservazioni*, cit., p. 9 ss.). I più moderni esponenti di tale orientamento si esprimono nel senso che l'amministrazione, pur essendo tenuta ad uniformarsi ai giudicati, disporrebbe di una certa discrezionalità in ordine al modo di farlo: v. CANNADA-BARTOLI, *Osservazioni*, cit., pp. 15 ss., 23; NIGRO, *op. cit.*, pp. 21 ss., 32; IACCARINO, *L'azione del privato contro la pubblica amministrazione avanti i giudici ordinari* (relaz. al IV Congr. naz. giuridico forense), Milano, 1957, p. 53. Si riporta invece alle posizioni più antiche PONTICELLI, *La giurisdizione di merito*, cit., il quale ammette che l'amministrazione abbia la possibilità di scelta tra l'uniformarsi al giudicato e il risarcimento del danno. In tali sensi, v. anche, di recente, RANELLETTI, *Sulla esecuzione*, cit., p. 76 ss.

([84]) Cfr. BACHELET, *op. cit.*, p. 351 s. Merita di esser qui ricordato quanto rappresentava il relatore Costa nel suo intervento al Senato del 22 marzo 1888 sulla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, facendo presente che nell'osservanza dei giudicati si presenta per l'amministrazione « un campo di apprezzamenti, di osservazioni e preferenze nel quale l'amministrazione è libera di provvedere in quel modo che può conciliare il rispetto del giudicato con le necessità di governo » (v. *supra*, n. 9).

([85]) È bene tener sempre presente che nelle materie attribuitegli dall'art. 27 del t.u. del 1924 il Consiglio di Stato pronuncia « *anche* in merito »

guenza della pronuncia del giudice sia tassativamente segnato dal sistema, ivi non può esservi alcuna scelta (p. es., nel caso dell'annullamento di un provvedimento di licenziamento l'amministrazione, a meno che nel frattempo sia intervenuta la soppressione del posto, o concorrano ragioni per un provvedimento di licenziamento diversamente motivato, è tassativamente obbligata a riassumere in servizio l'impiegato; e comunque è sempre tenuta a corrispondergli le competenze relative al periodo di forzata assenza dal servizio).

L'« obbligo di conformarsi » non ammette quindi discriminanti di sorta. Né la scarsa chiarezza del pronunciato del giudice ([86]), né l'estrema difficoltà dell'esecuzione ([87]), né interessi pubblici di particolare entità ([88]), né l'eccezionalità della situazione ([89]) o lo stato di

---

e non *soltanto* in merito. In tali materie il sindacato giurisdizionale circa l'uso fatto dall'amministrazione del potere discrezionale non vi sarà dunque necessariamente; ma solo in quanto, nel singolo caso concreto, l'amministrazione effettivamente disponesse di un certo potere discrezionale e realmente ne avesse fatto uso. Vedasi, analogamente, LANDI, *op. cit.*, p. 784 s.

([86]) Cons. Stato, V sez., 31 marzo 1936, in *Relazione del Presidente del Cons. di Stato sul quinquennio* 1936-40, II, p. 751, dove si osserva che in simili casi l'amministrazione può, sì, risolversi in uno piuttosto che in un altro dei sensi ipotizzabili (salvo il sindacato giurisdizionale sull'applicazione fatta), ma è tuttavia in obbligo di provvedere in qualche modo.

([87]) Cons. Stato, IV sez., 10 febbraio 1950, in *Foro amm.*, 1950, I, 1, c. 189, dove si osserva che in caso di particolari difficoltà di esecuzione « l'amministrazione deve superare tali difficoltà sulla base del diritto vigente, a meno che non ritenga più conveniente provocare una norma ». V. anche IV sez., 27 aprile 1951, in *Racc. compl. giur. Cons. Stato*, 1951, p. 343; 19 ottobre 1951, ivi, p. 1139, dove peraltro si aggiunge che qualora l'esecuzione sia resa addirittura impossibile, a termini della legislazione vigente, l'amministrazione sarebbe tenuta soltanto a provocare — nei limiti della sua competenza — le provvidenze normative atte alla reintegrazione dell'interesse o del diritto riconosciuto dal giudicato (tesi inattendibile, data l'assoluta estraneità della amministrazione alla funzione legislativa e la platonicità — sul piano strettamente giuridico — di ogni eventuale suggerimento della prima al potere legislativo). Vedasi peraltro IV sez., 8 novembre 1944, cit. *sub* nota 30, dove è affermato il principio che l'obbligo di conformarsi al giudicato trova un ostacolo insormontabile nella regola *factum infectum fieri nequit*.

([88]) Diversamente Cons. Stato, V sez., 23 gennaio 1959, cit. *supra*, *sub* nota 29. In passato si ritenne che per ragioni politiche l'amministrazione potesse sottrarsi all'osservanza dei giudicati (CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 847). Nello Stato di diritto però i poteri politici sono *numerus clausus*; e non è dato invocare la ragione politica per atti non inerenti oggettivamente alla funzione politica (v. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 51). Punto di vista, questo, condiviso ormai anche in Francia, dove, pure, sorse e si affermò la concezione dell'atto politico come atto dettato dalla ragion politica (v. LETOURNEUR, *La recente evoluzione del ricorso per eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 249).

([89]) V. la giurisprudenza ricordata *supra*, *sub* nota 29; *contra* la giurisprudenza ricordata *sub* nota 25.

necessità (90), possono valere a legittimare l'inosservanza — sia pure parziale — di esso. Soltanto la regola *factum infectum fieri nequit* rappresenta un ostacolo che l'esigenza dell'osservanza dei giudicati non può sormontare (91) — nel senso che agli atti giuridici posti in essere per conformarsi al giudicato è sempre impossibile dare attuazione concreta nel mondo della realtà effettuale per il periodo anteriore alla formazione del giudicato stesso, così come riesce impossibile ogni attività ripristinatoria in tutti i casi in cui un ripristino sarebbe di fatto irrealizzabile. Il che può condurre in molti casi — e precisamente quando il giudicato riguardi atti i quali abbiano esaurito i loro effetti nel passato — a una impossibilità totale (si pensi, ad es., al caso di un giudicato che, annullando il provvedimento di attribuzione di un incarico di insegnamento, per un anno scolastico già terminato, abbia dichiarato che l'incarico stesso doveva essere attribuito a un altro aspirante, o al caso del giudicato che abbia dichiarato illegittimo un ordine già eseguito di abbattimento di piante o di animali).

Da quanto precede risulta che l'amministrazione non risponde di altro mezzo per sottrarsi all'osservanza dei giudicati cui sia tenuta, se non di quello di far ricorso — entro i limiti in cui ciò le è consentito dalle leggi — al potere di ordinanza di necessità (p. es., art. 7 l. abolitiva del contenzioso amm.; art. 19 t.u. com. e prov.; art. 2 t.u. di pubbl. sic.).

24. — Il fatto che — diversamente da quanto vale per il dovere di dare esecuzione al giudicato (e cioè di dare concreta attuazione nella realtà effettuale a quanto in esso è *disposto*) — all'« obbligo di

(90) *Contra*, OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 1204; MIELE, *op. cit.*, c. 188. Ma la loro tesi non è attendibile. Occorre tener presente che nel nostro ordinamento (basato su una costituzione rigida e sul carattere nominato e formale degli atti amministrativi) le situazioni di necessità non possono assurgere a fonte di diritto fuori dei casi e delle forme tassativamente indicate dal legislatore (artt. 19, 20 e 55 t.u. com. e prov.; art. 2 t.u. di pubbl. sic.; ecc.). Per cui soltanto se, ricorrendone le condizioni, l'autorità competente adotti un provvedimento formale derogatorio, del tipo di quelli ammessi dal legislatore, l'amministrazione potrà essere esonerata dall'« obbligo di conformarsi al giudicato ». Ma è chiaro che, ciò avvenendo, non sarà la necessità a esonerarla, bensì quel provvedimento.

(91) Cfr. Cons. Stato, IV sez., 8 novembre 1944, cit. *sub* nota 30, la cui applicazione peraltro è erronea, non ricorrendo un caso di impossibilità assoluta, dato che nella specie per l'amministrazione era possibile e doveroso rimuovere lo stato di fatto esistente — dovuto proprio all'illegittimità che il giudicato aveva voluto rimuovere.

conformarsi » non corrisponde un diritto soggettivo, importa che il beneficiario del giudicato non abbia azione contro la pubblica amministrazione (né contro i funzionari di essa, ai sensi dell'art. 28, cost.) per il risarcimento dei danni subìti in conseguenza della mancata osservanza di quell'« obbligo » ([92]).

Un'azione di risarcimento non potrà esser promossa nei confronti dell'amministrazione (e quindi del funzionario responsabile), se non una volta che, intervenuta, a specificare definitivamente e irrevocabilmente l'effettiva entità dell'« obbligo » dell'amministrazione e a tradurlo in un vero e proprio ordine, una pronuncia del Consiglio di Stato *ex* art. 27, n. 4, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, sia sottentrato, nel soggetto antagonista dell'amministrazione, all'originario interesse legittimo all'osservanza dell'« obbligo di conformarsi », il diritto soggettivo a ottenere l'*esecuzione* di quanto disposto dal Consiglio di Stato nella decisione adottata sul ricorso *ex* art. 27, n. 4 ([93]). La pretesa dell'antagonista dell'amministrazione si configura qui come un vero e proprio diritto, appunto in quanto stavolta il dovere dell'amministrazione si è definitivamente tradotto in un vero e proprio obbligo di esecuzione. Ciò spiega perché, sempre che (e soltanto quando), per tradurre il giudicato in comandi concretamente esecutivi, sia necessario un ricorso *ex* art. 27, n. 4, l'art. 26 t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, sullo statuto degli impiegati civili dello Stato esclude la possibilità dell'azione di risarcimento contro gli impiegati stessi per inosservanza del giudicato, fin quando non sia intervenuta la decisione di quel ricorso. E l'art. 26 cit. — la più recente norma intervenuta nella delicata materia — contribuisce a sua volta a definire nei sensi indicati la struttura del sistema delle posizioni giuridiche rispettive dell'amministrazione e del suo antagonista in ordine all'« obbligo » della prima di conformarsi ai giudicati.

([92]) *Contra*, naturalmente, chi configura come un diritto quello che l'antagonista dell'amministrazione vanta a che quest'ultima osservi l'obbligo (v. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., c. 75).

([93]) Cfr. LANDI, *La responsabilità*, cit., p. 785 s.

Correzione giudiziaria di una legge mal fatta*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1960, II, pp. 85-90

* *Nota* a Consiglio di Stato, Ad. plen., 15 gennaio 1960 n. 1, pubblicata in *Giustizia Civile* 1960, II, p. 33;
le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA: 15 GENNAIO 1960 N. 1; PRES. PETRILLI, EST. LUGO; BERIO E ALTRI (AVV. RAGGI) C. PREFETTO DI IMPERIA (AVV. DELLO STATO AGRÒ) E COMUNE DI S. BARTOLOMEO DEL CERVO (AVV. MARTINENGO).

La l. 25 marzo 1958 n. 260, sulla rappresentanza in giudizio dello Stato, non ha abrogato la norma dell'art. 36 comma 2° del t.u. 26 giugno 1924 n. 1054, la quale si pone come una norma speciale di fronte alle disposizioni generali della nuova legge e sancisce il principio, essenziale nel procedimento dinanzi al Consiglio di Stato, che il giudizio dev'essere instaurato nei confronti dell'autorità che ha emanato il provvedimento impugnato. Pertanto i ricorsi giurisdizionali notificati direttamente all'amministrazione, anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge, sono validi e regolari.

I ricorsi giurisdizionali dinanzi al Consiglio di Stato notificati presso l'ufficio della Avvocatura dello Stato, anziché presso l'autorità che ha emesso il provvedimento, purché indirizzati a questa autorità, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, non si possono ritenere viziati da nullità, ma soltanto da una irregolarità non rilevabile d'ufficio e sanabile con la costituzione dell'amministrazione intimata.

Mossa dal sano impulso di eliminare le cause di fatti condannevoli, la mano della società si abbassa spesso cieca, e colpisce, assieme all'empio, anche il giusto, al quale soltanto il tempo verrà poi — ma troppo tardi — a dar ragione. Analoga sorte tocca talvolta agli istituti giuridici; e il caso in esame fornisce di ciò un clamoroso esempio.

* * *

È fin troppo noto a quali esasperate conseguenze avesse condotto la difficoltà di individuare le autorità qualificate a rappresentare, ai sensi dell'intricata legislazione della materia, le Amministrazioni dello Stato nei giudizi civili: autorità in persona delle quali, e delle quali soltanto (inerendo tale esigenza, per costante giurisprudenza, alla *legitimatio ad causam*), occorreva effettuare la notificazione degli atti giudiziari (art. 11 e 52 t.u. 30 ottobre 1933 n. 1611). Da un lato l'atteggiamento non di rado compiaciutamente cavilloso della Avvocatura dello Stato, dall'altro quello estremamente rigoroso della giurisprudenza, avevano fatto sì che per i privati l'atto introduttivo dei giudizi contro lo Stato rappresentasse un vero e proprio sbarramento minato, destinato a proteggere l'Amministrazione dagli attacchi mossile da chi da essa si ritenesse leso in un diritto. Soltanto i più accorti — i quali, dopo aver ben meditato, si sobbarcavano non di rado a notificare l'atto in persona non di una sola ma di più autorità (affrontando in tal modo i rischi di condanne nelle spese a favore delle autorità delle quali sarebbe stata esclusa la legittimazione) — riuscivano a superare quello sbarramento e a giungere alla trattazione del merito del giudizio (in argomento vedi la rassegna di giurisprudenza di PISCIONE, *La rappresentanza in giudizio delle Amm. statali*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, 210; G. AMORTH e TOMASICCHIO, *La citazione in giudizio delle Amm. dello Stato e degli enti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato*, 2ª ed., Padova 1958).

Animato dall'apprezzabile intento di eliminare un sì grave intralcio, assurdamente contrastante coi principi dello Stato di diritto, un progetto di legge d'iniziativa parlamentare (dovuto al sen. Trabucchi, e presentato il 3 dicembre 1955: vedi *Atti Senato*, II legisl., n. 1266) si propose di realizzare il risultato mediante la concentrazione, nella persona del Ministro del ramo della qualità di destinatario delle notificazioni di atti giudiziari in rappresentanza di tutte le Amministrazioni facenti capo al proprio Ministero, accompagnata dalla concentrazione nell'Avvocatura dello Stato della qualità di domiciliataria legale di tutte le Amministrazioni statali destinatarie di notificazioni di atti introduttivi di giudizi.

La riforma volle ispirarsi alla maggiore semplificazione possibile, eliminando volutamente qualsiasi genere di eccezioni. E, siccome l'art. 12 del t.u. del 1933 disponeva che per la *vocatio in jus* innanzi ai pretori e ai conciliatori, nonchè innanzi a tutte le « giurisdizioni amministrative o speciali » e agli arbitri, « le notificazioni si fanno direttamente presso le Amministrazioni », si vollero modificare tali disposizioni. Nel progetto del proponente l'eliminazione delle eccezioni non era totale, ma riguardava soltanto le giurisdizioni amministrative e gli arbitri (l'art. 2 disponeva che nell'art. 12 t.u. fossero soppresse le parole « come per quelli che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali od innanzi agli arbitri »). Più radicale però, il relatore della Commissione (sen. Papalia) propose (*verbali della Seconda Commissione del Senato*, seduta 1 marzo 1956, 372) — e la Seconda Commissione del Senato, la quale esaminò il testo legislativo in sede deliberante approvò (*verbali cit.*, seduta 18 aprile 1956, 393) — di sopprimere anche la

eccezione relativa ai pretori e ai conciliatori. L'intento di una disciplina unitaria e uniforme fu così realizzato nominando espressamente nel nuovo testo del comma 1 dell'art. 11 (introdotto con l'art. 1 della nuova legge in sostituzione di quello originario del 1933), tra gli atti di *vocatio in jus* di Amministrazioni statali da notificare presso l'Avvocatura dello Stato e « in persona del Ministro competente », anche « gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali od innanzi agli arbitri » (che nel progetto del proponente non vi erano menzionati) e sopprimendo del tutto l'art. 12 del t.u. (che il proponente voleva invece mantenuto in vita per i giudizi innanzi ai pretori e ai conciliatori).

Non v'ha dubbio che, nell'art. 12 del t.u. del 1933 — il quale risale all'art. 25 del d.lg. 30 dicembre 1923 n. 2828 —, tra le «giurisdizioni amministrative» fosse compreso — e in primo luogo — il Consiglio di Stato (vedi, per tutti, ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, II, 7ª ed., Milano 1954, 280; BORSI, *La giustizia amm.*, 7ª ed., Padova 1941, 278; LESSONA, *La giustizia amm.*, 2ª ed., Firenze 1946, 142). Nè v'ha dubbio che il proponente, allorchè suggerì di sopprimere nell'art. 12 l'eccezione relativa alle giurisdizioni amministrative, dovette pensare — e in primo luogo — a quella riflettente il Consiglio di Stato (si ricordi che la ragione generalmente addotta in passato, per escludere l'opportunità di estendere ai giudizi in Consiglio di Stato la regola della notifica presso l'Avvocatura dello Stato degli atti introduttivi era stata che in quei giudizi, diversamente dai giudizi ordinari, l'Avvocatura non rappresenta necessariamente lo Stato: vedi ZANOBINI, *loco cit.*; orbene, nella relazione al progetto legislativo si legge, tra l'altro, che « la realtà pratica ha insegnato che anche di fronte alle giurisdizioni amministrative e speciali la difesa viene attuata dall'Avvocatura », e se ne inferisce che « viene quindi a cessare la ragione per la distinzione circa i modi di notificazione »). Nè può seriamente pensarsi che quando, successivamente, la Commissione del Senato, la quale per prima formulò e approvò l'attuale testo modificato del comma 1 dell'art. 11 del t.u., inserendo, tra gli atti introduttivi di giudizio cui la disposizione ha riguardo, quelli relativi ai « giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative », intendesse escluderne proprio quelli relativi alla più importante e nota giurisdizione amministrativa; tanto più che in pari tempo, e correlativamente, sopprimeva l'art. 12 del t.u., il quale, allorchè dettava una disciplina antitetica, indubbiamente si riferiva anche a quella giurisdizione (è il caso di ricordare che, sintetizzando la portata degli art. 1, 2 e 3 del testo legislativo approvato dal Senato — coincidente con quello poi diventato legge — il relatore alla Camera dei deputati, on. Secreto, ebbe a dichiarare che quegli articoli miravano « a dare organicità alla materia, eliminando ai fini della notifica la distinzione fra le diverse giurisdizioni, portata dagli art. 11 e 12 t.u. »: vedi *Verbali della Terza Commissione della Camera dei deputati*, II legisl., seduta 9 novembre 1956, 539; vedi anche seduta 1 febbraio 1957, 584).

È chiaro quindi che il nuovo testo del comma 1 dell'art. 11 e la soppressione dell'art. 12 approvati dal Senato (e conservati poi nel testo definitivo della legge) significavano, tra l'altro, — e in primo luogo — l'estensione anche ai giudizi in Consiglio di Stato delle modalità di notificazione della *vocatio in jus* alle Amministrazioni statali valide per ogni altro genere di giurisdizione. E in tal senso infatti il progetto venne subito inteso; tanto che, appunto in relazione all'anzidetta estensione — gravida di inopportune conseguenze di non poco peso — si appuntarono contro di esso aspre critiche ad iniziativa della Commissione ministeriale di riforma del codice di procedura civile (vedi al riguardo le dichiarazioni dell'on. Secreto nella seduta del 9 novembre 1956 e in quella del 1 febbraio 1957, in *Verbali della Terza Commiss. della Camera dei deputati*, cit., 539 e 584). Giustamente si prospettava, in quella sede particolarmente qualificata (della Commissione facevano parte, tra gli altri, il Carnelutti, il Redenti, il Satta, l'Andrioli), che, estesa alle azioni innanzi alle giurisdizioni amministrative, presso le quali si tratta, « nella più parte dei casi », di « impugnare un atto determinato », lungi dal semplificare le cose, il nuovo testo legislativo sarebbe venuto — con la soppressione dell'art. 12 del t.u. e la necessità di notificare l'impugnativa al « Ministro competente » (spesso non facilmente identificabile) nella sede dell'Avvocatura dello Stato (anzichè all'autorità autrice dell'atto impugnato e nella sede del proprio ufficio) — a creare delle difficoltà proprio in un settore dove prima il cammino di chi doveva intraprendere un giudizio era estremamente semplice (v. anche le argomentazioni tenacemente opposte alla definitiva approvazione del testo legislativo dal Presidente della Terza Commissione della Camera dei deputati on. Tosato e dal relatore on. Tesauro, entrambi noti giuristi, nella seduta del 14 marzo 1958, in *Verbali della Terza Commissione*, cit., 846-47).

Inspiegabilmente tuttavia, tanto la maggioranza dei componenti della Commissione della Camera dei deputati, quanto quella dei componenti della Commissione del Senato (presso entrambe le quali questa legge di carattere squisitamente tecnico fu esaminata in modo tutt'altro che perspicuo e prudente), rimasero sorde al delicato problema, preoccupate, più che di ogni altra cosa, di far giustizia, prima della fine della legislatura, dei gravi inconvenienti (i soli fin allora sperimentati dai pratici) determinati nei giudizi civili dal sistema in vigore. Incredibilmente, più che come un problema di tecnica giuridica, quello di modificare gli art. 11, 12 e 52 del t.u. del 1933 fu considerato dai legislatori come un urgente « problema politico », che non occorreva tanto risolvere in modo perfetto, quanto in modo immediato (v. in particolare l'in-

tervento del Sottosegretario alla Giustizia Scalfaro nella decisiva seduta del 14 marzo 1958 della Terza Commissione della Camera dei deputati, alla vigilia della fine della legislatura, in *Verbali della Terza Commissione*, cit., 847: in tale intervento lo stesso Sottosegretario, pur sollecitando l'approvazione, per « ragioni politiche » del nuovo testo legislativo, ammetteva che esso conteneva delle « norme del tutto assurde »; e nella stessa seduta, *loco cit.*, il rel. Tesauro osservava che la nuova legge è « un atto che certamente non ci onora »).

Non solo dalla lettera del nuovo testo del comma 1 del t.u. del 1933, sostituito dalla legge del 1958 a quello originario, risulta dunque chiaramente che esso, riferendosi a ogni genere di giurisdizioni amministrative, riguarda anche gli atti introduttivi dei giudizi innanzi al Consiglio di Stato (al che ci si potrebbe arrestare, ricordando il precetto: « a chiaro testo non fare oscura glossa »); ma, per di più, il contenuto del nuovo testo legislativo appare pienamente conforme all'intento degli autori di esso.

Che poi si trattasse di un intento tutt'altro che saggio (come da più parti è stato giustamente posto in evidenza, oltre che, come si è visto, durante l'elaborazione del testo, anche dopo: vedi ALBINI, *Una legge da rifare: l. 25 marzo 1958 n. 260 recante modificazioni alle norme sulla rappresentanza in giudizio dello Stato, Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1958, 566; *Una legge che non vale?, ivi* 1959, 1158; GUICCIARDI, *Annotazione, Giur. it.* 1959, III, 145) potrà valere a rendere la legge degna di critica e abbisognevole di riforma; ma non per questo varrà a sottrarre i giudici all'obbligo di osservarla.

* * *

Se della importante decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che si annota (introdotta dall'ordinanza, motivata in senso analogo, della Sez. IV, 12 giugno 1959 n. 676, *Giur. it.* 1959, III, 145, commentata in modo sfavorevole da ALBINI e in modo perplesso da GUICCIARDI, *locc. citt.*) si può ammirare il coraggio (non nuovo alla giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato) e apprezzare le intenzioni (volte a eliminare i gravissimi e inconcepibili intralci arrecati con troppa superficialità, da una inavveduta riforma legislativa, all'impugnativa giurisdizionale dei provvedimenti delle autorità amministrative statali), non se ne possono quindi condividere sul piano tecnico le ragioni e le conclusioni.

L'interpretazione da essa data urta sia con la lettera della legge, che con l'intento degli autori (purtroppo improvvidi) di essa (in senso contrario v. infatti, in dottrina, oltre gli scritti di ALBINI, già cit., SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, 5ª ed., Napoli 1959, 614, e, in giurisprudenza, Cons. giust. amm. Reg. sic. 2 febbraio 1959 n. 56 e n. 63, *Il Consiglio di Stato* 1959, I, 263 e 267). E gli argomenti da essa addotti, per negare l'applicabilità dell'art 1 del t.u. del 1933 — nella formulazione modificata dall'art. 1 della legge del 1958 — alle notificazioni dei ricorsi al Consiglio di Stato, sono in parte inesatti, in parte irrilevanti. Inesatti quelli volti a dimostrare che la legge del 1958 non si sia proposta di disciplinare anche la materia dei ricorsi al Consiglio di Stato. Irrilevanti quelli volti a porre in evidenza gli inconvenienti derivanti dall'applicazione della nuova legge ai ricorsi stessi.

Occupandoci innanzi tutto dei primi di tali argomenti, è sufficiente richiamarsi agli atti parlamentari già ricordati, per dimostrare l'inesattezza dell'affermazione della « mancanza di qualunque riferimento, nella legge e nei lavori preparatori, alle norme sul Consiglio di Stato, nelle quali il t.u. 30 ottobre 1933 n. 1611 non aveva mai interferito ». Innanzi tutto, non risponde al vero che il t.u. del 1933 non si occupasse dei ricorsi al Consiglio di Stato: esso ben se ne occupava nell'art. 12 (il quale risale, come si è detto, all'art. 25 del d.lg. 30 dicembre 1923 n. 2828), risolvendo in senso negativo la questione, dianzi vivamente dibattuta, se i ricorsi contro le Amministrazioni dello Stato dovessero o non esser notificati presso l'Avvocatura (v. ZANOBINI, BORSI, LESSONA, *locc. citt.*). Quanto poi alla mancanza, nei lavori preparatori e nella legge del 1958, di una espressa menzione dei giudizi innanzi al Consiglio di Stato, da un lato si può ricordare (con riferimento al già detto) che non mancano negli atti parlamentari nè la chiara formulazione dell'intento di escludere qualsiasi eccezione alla nuova disciplina organica e unitaria, nè le allusioni abbastanza evidenti ai giudizi in Consiglio di Stato (e nulla rendeva necessario un particolare riferimento alle « norme sul Consiglio di Stato », dato che l'effetto abrogativo della normazione preesistente si produce anche quando « la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore »: art. 15 disp. sulla legge in gen.); dall'altro si può aggiungere che l'argomento, se fosse esatto, proverebbe troppo, potendo valere per qualsiasi altra giurisdizione amministrativa (infatti di nessuna di tali giurisdizioni — salvo del Tribunale superiore delle Acque, menzionato nella relazione del proponente — la legge o gli atti parlamentari contengono esplicita menzione).

Contro l'osservazione che, data l'importanza basilare nel nostro sistema delle giurisdizioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, « tradizionalmente rette da una disciplina autonoma », le disposizioni dettate per la generalità, delle giurisdizioni speciali non potrebbero essere applicate a tali magistrature se non nel caso che si riveli in modo particolarmente evi-

dente l'intento legislativo in tali sensi, basterà ricordare che la stessa Costituzione — la quale, pure, mostra di attribuire particolare rilievo a tali magistrature (art. 103) —, quando ha voluto esentare la Corte dei conti e il Consiglio di Stato dalla disciplina comune alla generalità delle giurisdizioni speciali, ha dovuto farlo mediante dichiarazioni esplicite (VI disp. finale). E ciò, a parte ogni riserva circa l'ammissibilità di configurare come « autonoma », anzichè semplicemente come « particolare », nel quadro della legislazione generale relativa alle giurisdizioni speciali, la disciplina legislativa delle magistrature anzidette.

Più suggestivo appare, a prima vista, il rilievo, secondo cui le disposizioni della legge del 1958, pur introducendo « precetti con valore di principio », sarebbero tuttavia « stabilite per disciplinare talune situazioni ben determinate », onde non sarebbero applicabili « quando manchi il presupposto di quelle situazioni »: donde la inapplicabilità di esse ai giudizi innanzi alla Corte dei conti, nei quali l'Amministrazione statale non è rappresentata dall'Avvocatura, nonchè ai giudizi innanzi al Consiglio di Stato, nei quali « la difesa dell'Avvocatura è soltanto facoltativa ». Anche questo rilievo non è però pertinente.

È da osservare, in primo luogo, che, se, nel dettare per una certa materia una disciplina generale e comune, gli autori della legge non si siano resi conto di tutte le conseguenze, anche e soprattutto perchè non abbiano tenuto nella debita considerazione la diversità delle situazioni in relazione alle quali quella disciplina dovrà trovare applicazione, non per questo la legge è meno valida e meno operante in relazione alle situazioni non considerate o malamente considerate: le manchevolezze tecniche nella preparazione, nell'esame e nella formulazione di un testo legislativo non possono incidere, per sè sole, sulla portata della legge, la quale, una volta emanata, entra oggettivamente nel sistema come un dato della realtà giuridica, staccandosi completamente dalla coscienza dei suoi autori (vedi, al riguardo, anche per indicazioni, SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetti delle pronuncie della Corte cost. sulla legittimità delle leggi*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, 46 s.).

Quanto alla inapplicabilità della legge in esame ai giudizi innanzi alla Corte dei conti — sulla quale si può in linea di massima convenire (ma che non pare assolutamente pacifica, come la decisione annotata afferma: vedi infatti, p. es., GUICCIARDI, *op. cit.*, 146) — essa non dipende dal fatto che « qui la nuova regola importerebbe un inutile disguido dei ricorsi, una complicazione superflua, che è stata certamente estranea alla previsione e all'intendimento del legislatore », bensì dal fatto che gli atti introduttivi dei giudizi contro lo Stato promossi dai particolari innanzi alla Corte dei conti vengono proposti mediante deposito nella segreteria della Corte dei conti e non mediante notificazione alla Amministrazione: onde per essi (come del resto per gli atti introduttivi relativi ad altre giurisdizioni, quali, ad es., le commissioni tributarie, il Ministro della marina mercantile, ecc.) manca il presupposto dell'applicazione della legge del 1958, il contenuto della quale consiste nella disciplina delle modalità di notificazione degli atti destinati a esser notificati alle Amministrazioni dello Stato, e non riguarda quindi gli atti introduttivi non destinati a esser notificati.

Quanto infine al rilievo che « nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato la difesa dell'Avvocatura è soltanto facoltativa », esso non è affatto decisivo, da un lato perchè dagli atti parlamentari risulta che tale circostanza ben fu tenuta presente dagli autori della legge, i quali non per ciò se ne distolsero (v. espressamente la relazione del sen. Trabucchi alla proposta di legge, cit.), e dall'altro perchè l'art. 11 del t.u. del 1933, modificato dalla legge del 1958 (che qui interessa), non si occupa della posizione dell'Avvocatura come rappresentante dello Stato in giudizio, bensì semplicemente della posizione di essa come domiciliataria legale generale per gli atti introduttivi di giudizi da notificare alle Amministrazioni dello Stato (posizione che non è incompatibile col fatto che la difesa in giudizio venga poi attribuita ad altri).

Un ulteriore argomento la decisione annotata vorrebbe trarre dalla esigenza, « connaturale alla funzione stessa della giurisdizione di legittimità », che il giudizio di impugnativa degli atti amministrativi si instauri e si svolga proprio nei confronti dell'autorità che pose in essere il provvedimento impugnato. A parte l'osservazione che, stranamente, il Consiglio di Stato non si attiene a questa regola per l'impugnativa degli atti di autorità non statali — in tal modo dimostrando di non credere a una siffatta « connaturalità » (vedi, per es., le decisioni Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 1954 n. 90, *Il Cons. Stato* 1954, I, 188; Sez. V, 23 aprile 1955 n. 708, *ivi* 1955, I, 481) —, si può però facilmente osservare che, se criteri di opportunità possono consigliare di seguire tale direttiva — la quale fa sì che, una volta chiamata direttamente in giudizio, l'autorità autrice dell'atto impugnato « può sempre, nel modo più semplice e conveniente revocare o modificare l'atto, in modo da renderlo immune dalle censure che gli sono rivolte » (e la decisione annotata aggiunge altre simili considerazioni) —, nondimeno si tratta di criteri la cui valutazione è rimessa al legislatore. E nulla esclude che — sia pure per eccesso di ottimismo — il legislatore ritenga che in una Amministrazione bene ordinata sia preferibile che la responsabilità dei giudizi venga concentrata in un unico ufficio anzichè decentrata in una pluralità di uffici (e ciò, a parte i non infondati dubbi se, ai sensi della legge del 1958 — uscita dalle mani del legislatore diversa da come era stata concepita —, l'autorità passivamente legit-

timata alla notificazione si identifichi o non con quella legittimata a stare in giudizio: in senso positivo, vedi la circ. dell'Avv. gen. dello Stato 12 aprile 1958 n. 1939; in senso negativo, ALBINI, *Una legge da rifare, cit.*, 582 ss.; SANDULLI, *Manuale, cit.*, 577).

* * *

Passando agli argomenti che la decisione annotata vorrebbe ricavare dagli inconvenienti indubbiamente inerenti al nuovo sistema, il quale comporta la necessità di identificare per ciascuna impugnativa il « Ministro competente » — compito tutt'altro che agevole, particolarmente in relazione ai provvedimenti adottati da organi a competenza complessa (quali i prefetti), da organi collegiali a composizione non omogenea, da organi interministeriali —, è nn troppo facile ricordare che *adducere inconveniens non est argumentum*, e che la ingloriosa tabella allegata al regolamento 25 giugno 1865 n. 2361 (più volte modificata), sulla rappresentanza in giudizio delle Amministrazioni statali, ha avuto applicazione (sia pur malagevole e spesso infelice) quasi per un secolo, nonostante le enormi difficoltà che tale applicazione comportava.

Se nei riferiti casi, e in altri simili, sarà spesso difficile individuare il « Ministro competente » (e cioè il Ministro alla cui sfera deve esser ritenuta appartenere, ai fini della notifica, — anche se egli non abbia al riguardo poteri di diritto sostanziale — l'attività inerente al provvedimento impugnato: si ricordi che nella legge il concetto di « competenza » è usato in senso improprio: vedi al riguardo la discussione innanzi alla Terza Commissione della Camera dei deputati, nella seduta del 14 marzo 1958, e in particolare gli interventi degli on. Capalozza e Facchin, in polemica con l'on. Tesauro: *Verbali della Terza Commissione, cit.*, 844 ss.), e se potrà pensarsi che talora la « competenza » appartenga a più Ministri, nondimeno uno o più Ministri « competenti » dovranno necessariamente esservi, perchè la legge così vuole; e, nonostante le difficoltà applicative, la legge potrà e dovrà essere osservata.

* * *

Cerchiamo ora di vedere quali conseguenze derivino, in base alla nuova legge, dall'inosservanza di essa in sede di notificazione di ricorsi al Consiglio di Stato.

Esattamente la decisione annotata rileva che i due precetti contenuti nel nuovo testo del 1° comma dell'art. 11 del t.u. del 1933 — l'uno relativo alla necessità che la notificazione abbia luogo in persona del Ministro « competente », l'altro relativo alla necessità che essa abbia luogo presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato —, data l'unitarietà della formulazione legislativa, non sono dissociabili, e vanno necessariamente applicati di conserva. Anche per i giudizi innanzi al Consiglio di Stato vanno dunque osservati entrambi.

Data la diversità dell'oggetto di essi, occorre però stabilire se siano o non identiche le conseguenze che si collegano alla inosservanza di ciascuno di essi.

Per quanto riguarda la necessità che la notificazione abbia luogo presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, l'ultimo comma dell'art. 11 del t.u. — non modificato dalla legge del 1958 — dispone che essa è imposta « a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio ». È vero che, quando fu emanata, tale disposizione non riguardava i ricorsi al Consiglio di Stato (la notifica dei quali l'art. 12 del t.u. sottraeva ai precetti dell'art. 11). Peraltro, una volta « calata » nell'art. 11 del t.u. la nuova formula del primo comma dettata dalla legge del 1958 (con correlativa soppressione dell'art. 12), è fatale che — nel sistema della nuova disciplina unitaria e uniforme delle notificazioni — l'ultimo comma dell'art. 11 (del quale inspiegabilmente la decisione annotata pone in dubbio la sopravvivenza) trovi applicazioni anche per le notificazioni dei ricorsi giurisdizionali amministrativi (cfr. ALBINI, *Una legge che non vale?*, cit., 1164).

Di conseguenza — salvo ciò che si dirà per l'errore scusabile — la notificazione presso l'Amministrazione anziché presso l'Avvocatura importerà fatalmente — in conformità dei criteri seguiti nell'applicazione della norma in esame dalla giurisprudenza consolidata dalla Corte di cassazione (vedi, anche per indicazioni, *Il contenzioso dello Stato negli anni 1942-50 - Relaz. dell'Avv. gen. dello Stato*, II, Roma 1953, 665 ss.; id. *negli anni 1951-55*, II, Roma 1957, 533 ss.) — la nullità della notificazione e l'impossibilità di sanatoria (diversamente ALBINI, *loc. ult. cit.*).

Per quanto riguarda la notificazione in persona di un'autorità diversa dal « Ministro competente », vigne invece in applicazione l'art. 4 della legge del 1958, il quale ammette che in simili casi la notificazione venga rinnovata in persona del « Ministro competente » indicato dall'Avvocatura dello Stato (o da chi rappresenti, invece di essa, lo Stato): a qualunque autorità statale sia stato notificato il ricorso, il giudizio è da intendere dunque efficacemente iniziato, salvo la eventuale necessità di rinnovazione della notifica, nel caso che questa sia stata effettuata nei confronti di un'autorità non qualificata.

* * *

È amaro il constatarlo: ma *hoc jure utimur*.

È chiaro dunque che la decisione annotata è, sul piano tecnico, erronea. Molto probabil-

mente si tratta però di una erroneità voluta, e voluta a fin di bene, in quanto ispirata dall'intento di riparare a un evidentissimo errore — anch'esso tecnico (e non politico!) — del legislatore.

Ma può il giudice — sia pure un giudice avveduto e prudente come l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato — arbitrarsi di tanto?

È chiaro che la risposta deve essere negativa. E tanto più deve esserlo, in quanto il Consiglio di Stato dispone, in simili casi, di quel prezioso strumento — che esso stesso si è forgiato e il legislatore gli ha poi riconosciuto — che è l'errore scusabile: del quale certamente gli sarebbe stato consentito di far uso — dati i dubbi che essa suscita — nella specie in esame (vedi infatti GUICCIARDI, *loco cit.*; ALBINI, *op. ult. cit.*, 1163).

Ma altrettanto, e ancor più, negativo deve essere il giudizio sulla superficialità con la quale talvolta gli uomini mandati dal Paese a far le sue leggi dan di piglio ai formidabili strumenti in loro possesso, con la conseguenza di sconvolgere gravemente e inutilmente i rapporti sociali. E, se possibile, ancor più negativo deve essere il giudizio sul fatto che, commesso un errore del genere, nessuno di essi si senta urgentemente sollecitato a ripararlo.

Il che spiega — anche se non autorizza — i volontari « errori » dei giudici.

La giustizia nell'Amministrazione

Pubblicato in

Amministrazione Civile
1961, pp. 159-168

Uno sguardo, sia pur rapido, al cammino percorso dal nostro Paese, nei cento anni della sua vita di nazione libera e unita, nel campo della giustizia amministrativa, e alle deficienze che il sistema di questa, attualmente in vigore, presenta, può essere uno dei banchi di prova più interessanti per constatare quanto è stato realizzato in questi cento anni, e quanto resta ancora da realizzare, sulla via della libertà e della democrazia. Un sistema di giustizia amministrativa ben congegnato ed efficiente è infatti una delle condizioni essenziali per l'esistenza di un reggimento politico libero, non potendo un regime di libertà esistere se non là dove l'azione della pubblica Amministrazione sia governata dal principio della legalità, e dove l'osservanza di tale principio venga garantita da giudici indipendenti e forniti di strumenti adeguati.

* * *

La risoluzione delle controversie tra i particolari e la pubblica Amministrazione nel sistema vigente negli Stati italiani preunitari era generalmente ripartita tra alcuni organismi dotati di una competenza piuttosto vasta (ma non generale), che venivano considerati come organi « ordinari » di quello che allora si chiamava il « contenzioso amministrativo », e altri organismi dotati di competenza più limitata, che venivano considerati come organi « speciali » dello stesso « contenzioso ». Si trattava di organismi che possedevano per lo più — e, anche quando non li possedevano, erano ritenuti possedere — i caratteri di veri e propri tribunali (a quell'epoca non era stata ancora approfondita la distinzione tra funzioni contenziose giurisdizionali e amministrative), ed erano competenti a giudicare nella maggior parte dei rapporti giuridici di diritto pubblico (ma non di essi soltanto), indicati *numeratim*, tra privati e Amministrazione.

Le posizioni soggettive dei particolari verso l'Amministrazione a essi devolute erano (alla stregua dei concetti attuali) per lo più posizioni di diritto soggettivo; anzi trattavasi generalmente di diritti di contenuto patrimoniale. Assai poche erano le eccezioni: tra queste la più vistosa era quella che in Toscana prevedeva il ricorso ai Consigli di Prefettura — e in secondo grado al Consiglio di Stato — contro qualsiasi deliberazione illegittima dei Consigli comunali. E, siccome, riguardo alle posizioni soggettive in questione (diritti o interessi), non erano previsti limiti né di materia, né di entità, questo era forse l'unico caso pel quale fosse prevista (sia pure limitatamente all'operare di un solo organo) una competenza contenziosa riguardante una generalità di atti amministrativi.

Tali precedenti spiegano se, subito dopo l'unificazione italiana, vennero energicamente riprese e intensificate in Parlamento quelle iniziative,

mosse da intenti liberali, che già nel Parlamento piemontese erano state promosse con minor fortuna, in favore dell'abolizione — analogamente a quanto era stato operato in Belgio in virtù della costituzione del 1831 — dei Tribunali del contenzioso amministrativo, e della devoluzione ai giudici civili di tutte le questioni relative a diritti soggettivi.

Siffatte iniziative, dopo il fallimento di due tentativi, sboccarono nell'allegato *E* della legge 20 marzo 1865 n. 2248, la quale consacrò, alla vigilia del trasferimento a Firenze della capitale dello Stato — destinata a rafforzare l'unità spirituale della Nazione —, l'unificazione legislativa della materia amministrativa, necessaria per esprimere e consolidare, concretamente, attraverso l'unità delle strutture giuridiche, il carattere unitario dello Stato.

In virtù di tale legge i vecchi tribunali ordinari del contenzioso amministrativo (che erano, nei territori dell' *ex* Regno di Sardegna, il Consiglio di Stato, e, nelle provincie, i Consigli di governo; nei territori dello *ex* Regno delle due Sicilie, la Gran Corte dei conti, e, nelle provincie, i Consigli di intendenza; ecc.) furono soppressi, e le questioni di loro spettanza relative a diritti soggettivi « civili e politici » furono devolute ai giudici ordinari (art. 2), riservando tutti gli altri « affari » alle autorità amministrative e agli eventuali reclami in via amministrativa (ricorso gerarchico, opposizione, ricorso ad altre autorità amministrative, ricorso straordinario al Re). A un tempo furono però fatte salve « le attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo ». E, tra esse, le giurisdizioni (rispettivamente di primo e secondo grado) della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e pensioni, e inoltre (ai sensi dell'allegato *D* della stessa legge) varie attribuzioni giurisdizionali già spettanti in unico grado al Consiglio di Stato. E furono parimenti conservate (senza peraltro qualificarle espressamente come giurisdizionali) non poche « attribuzioni contenziose » di organi amministrativi, tramandate fino ai giorni nostri (quelle in materia di leva militare, in materia tributaria, in materia di elezioni amministrative, ecc.).

Nella mente degli elaboratori di quella che poi divenne la legge del 1865 dominava il concetto che per « diritti civili » dovessero intendersi quelli relativi « alla persona, alla proprietà e ai contratti » (relaz. Borgatti alla Camera dei deputati) e per « diritti politici » quelli relativi alla partecipazione dei cittadini ai pubblici poteri (interventi Mazza e Boncompagni alla Camera dei deputati), considerando per contro come semplici « interessi » tutte le altre posizioni soggettive dei sudditi nei confronti dell'Amministrazione (non mancarono peraltro su questo punto autorevoli dissensi, tra i quali quello del Mancini). Tuttavia — non senza spiegabili incertezze iniziali —, particolarmente dopo che nel 1877 la competenza a decidere dei conflitti di attribuzione tra potere amministrativo e giurisdizionale dal Consiglio di Stato (che, allora molto legato al Governo, la aveva esercitata in senso meno liberale) fu trasferita alla Corte di cassazione romana, la giurisprudenza venne gradualmente dando maggior respiro e ampiezza alla categoria dei diritti soggettivi, fino a estenderla ai rapporti di diritto pubblico diversi da quelli relativi alla partecipazione dei cittadini ai pubblici poteri, e venne in conseguenza a deter-

minare nell'applicazione della legge un notevole ampliamento delle attribuzioni dei giudici ordinari nei confronti degli atti amministrativi, rispetto a quello che verosimilmente era stato l'intento degli elaboratori della legge (nella vita delle leggi siffatti sviluppi sono frequenti; e spesso il fenomeno si è manifestato — e non soltanto in Italia — nel campo delle leggi amministrative, in tempi di evoluzione liberale).

Intesa nel modo in cui in definitiva operò, la legge del 1865 non produsse dunque, *quoad materiam,* una sostanziale diminuzione di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche già protette dalle leggi anteriori. Né sostanzialmente una diminuzione di tutela si verificò sul piano della efficacia delle pronuncie in virtù dell'art. 4 della legge (secondo il quale « l'atto amministrativo non potrà esser revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso »), giacchè anche alle pronuncie dei tribunali ordinari del contenzioso amministrativo era preclusa, secondo la giurisprudenza fin allora seguita, la possibilità di revocare gli atti amministrativi. La censura di riforma sostanzialmente illiberale mossa in Parlamento da più di una autorevole voce (e particolarmente dal Crispi), in sede di elaborazione della legge, si rivelò dunque immeritata in virtù della dinamica impressa alla legge dallo ambiente liberale in cui essa ebbe la ventura di operare.

In definitiva il sistema instaurato e affermatosi in virtù della legge del 1865 fu il seguente: *a)* — competenza generale dei giudici ordinari in materia di provvedimenti lesivi di diritti (intesi nel senso di cui si è detto); *b)* — esclusione, in via di principio, di ogni sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi non lesivi di diritti soggettivi (in ordine ai quali era consentito ricorrere soltanto alle stesse autorità amministrative); *c)* — competenza eccezionale di giudici speciali (tra i quali la Corte dei conti e il Consiglio di Stato) per le questioni (relative o non a diritti) specificamente e tassativamente indicate; *d)* — competenza eccezionale di autorità amministrative in veste contenziosa per le questioni (relative o non a diritti) specificatamente e tassativamente indicate (e destinate a esser portate in ultima istanza, se riflettenti diritti, ai giudici ordinari). L'incertezza circa la linea di demarcazione tra « attribuzioni contenziose » giurisdizionali e non giurisdizionali rendeva però tutt'altro che sicura e definitiva la distinzione dei casi delle due ultime categorie.

Il sistema era integrato dalla possibilità di impugnare mediante « ricorso straordinario al Re » i provvedimenti amministrativi nei confronti dei quali fossero state esaurite tutte le istanze amministrative concesse dall'ordinamento (ricorsi gerarchici e altri ricorsi amministrativi). Si trattava di un istituto antichissimo, risalente al potere di grazia sovrana, il quale peraltro si venne gradualmente circondando di maggiori garanzie giuridiche, e acquistò alfine i caratteri di vero e proprio ricorso amministrativo.

* * *

L'esperienza rivelò soddisfacente la giurisdizione ordinaria in materia di diritti soggettivi e rispondente alle esigenze particolari dei singoli set-

tori la conservazione per alcune materie della competenza speciale di organi contenziosi giurisdizionali o amministrativi.

Dove invece il sistema si rivelò insoddisfacente fu in ordine alla generalità dei rapporti nei quali i sudditi non potessero vantare nei confronti dell'Amministrazione veri e propri diritti. La mancanza, in questo settore, di ogni tutela giurisdizionale nei confronti dell'operato dell'Amministrazione rese imperiosa, particolarmente dopo che all'avvento della Sinistra al potere si accompagnò una certa acutizzazione della lotta politica, e quindi una certa tendenza al prepotere governativo, la necessità di completare lo Stato di diritto, dando un giudice agli « affari che non l'avevano ».

Tale esigenza, che le originarie cognizioni circa la discriminazione tra questioni di diritti e « altri affari » nella materia dei rapporti di diritto pubblico avevano fatto affermare giustificata da una pretesa diminuzione di tutela dei particolari, prodotta dall'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo (i quali avevano giurisdizione su numerose questioni che, sulla base dei lavori preparatori della legge del 1865, da molti erano ritenute sottratte a ogni sindacato giurisdizionale), ebbe invece la sua vera ragion d'essere nella liberale aspirazione ad assicurare ai particolari, anche fuori del campo dei diritti soggettivi, la possibilità di aver ragione, attraverso adeguate garanzie giuridiche, degli arbitri commessi dall'Amministrazione nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento. E' significativo al riguardo che la quasi totalità dei casi di arbitrî amministrativi dai quali prendeva spunto Silvio Spaventa nel famoso discorso pronunciato a Bergamo il 6 maggio 1880 — che tanta parte ebbe nel richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica e della classe politica sullo importante problema — erano sforniti di tutela giuridica anche nel sistema in vigore prima del 1865.

La riforma legislativa attraverso la quale questa aspirazione, lungamente coltivata, potè finalmente essere realizzata, mediante la legge del 31 marzo 1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, cui fu attribuita competenza in materia di giustizia amministrativa, non fu dunque una riforma di carattere più o meno ripristinatorio, ma rappresentò una ulteriore conquista, profondamente liberale. Alla nuova sezione del Consiglio di Stato fu attribuita una competenza di carattere generale (mai esistita in passato) a decidere — salvo che gli interessati preferissero avvalersi del ricorso straordinario al Re (e alternativamente con questo) — « sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, nè si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali ». La legge era dichiaratamente ispirata all'intento di « tutelare gli interessi che non hanno carattere di diritti e non sono garantiti da una azione esperibile innanzi ai tribunali » (discorso del rel. Costa al Senato, 21 marzo 1888). E, come faceva salve le preesistenti giurisdizioni amministrative speciali, essa deferì alla IV sezione del Consiglio di Stato anche quei casi nei quali già in precedenza il Consiglio di Stato aveva « giurisdizione propria »: i quali costituirono il nucleo della giurisdizione del Con-

siglio di Stato « anche in merito » e di quella che poi fu chiamata « giurisdizione esclusiva » (comprensiva anche delle questioni di diritti soggettivi) — giurisdizioni destinate ad arricchirsi nell'immediato e nel lontano futuro di nuovi casi (essi sono ora, complessivamente, una trentina).

Con la legge, immediatamente successiva, del 1° maggio 1890 si ebbe poi di mira la realizzazione di un sistema di giustizia amministrativa locale, attribuendo alle Giunte provinciali amministrative, organi paraprefettizi recentemente istituiti per la tutela delle amministrazioni autarchiche territoriali, la competenza a decidere in primo grado — per lo più « pronunciando anche in merito » e salvo ricorso in secondo grado al Consiglio di Stato — sui ricorsi avverso taluni provvedimenti amministrativi (tassativamente indicati, non numerosi, e attinenti per lo più a questioni di interessi non assurgenti a diritti) delle stesse amministrazioni autarchiche sottoposte alla tutela delle Giunte.

Sul presupposto dell'inquadramento dei nuovi organi di giustizia nella pubblica Amministrazione, e dell'insussistenza perciò della ragione ostativa (inerente al principio della divisione dei poteri) che aveva fatto precludere ai giudici ordinari la possibilità di caducare, nelle materie di loro competenza, gli atti amministrativi illegittimi, le leggi del 1889-90 consentirono alla IV sezione del Consiglio di Stato e alle Giunte provinciali amministrative la possibilità di annullare gli atti amministrativi riscontrati illegittimi, ed eventualmente di sospenderli, e inoltre gli consentirono nei casi di giurisdizione « anche in merito » di adottare tutti gli altri provvedimenti ritenuti necessari. In pari tempo la legge del 1889 concesse però la possibilità di ricorrere alla IV sezione — dotandola in proposito di giurisdizione « anche in merito » — nei casi di inosservanza da parte dell'Amministrazione dell'« obbligo di conformarsi al giudicato dei tribunali »; e ciò perchè, una volta ottenuta da un tribunale la dichiarazione della illegittimità di un atto amministrativo lesivo di diritti, gli interessati potessero eventualmente ottenerne la caducazione dal giudice amministrativo.

* * *

Nelle sue grandi linee, e prescindendo dalle successive riforme di minor portata, l'ordinamento della giustizia nei confronti della pubblica Amministrazione si è conservato fino a noi nei termini in cui lo si è descritto. Qualche giurisdizione speciale è venuta meno; ne è stata istituita qualcuna nuova; altrettanto è avvenuto per vari ricorsi amministrativi. Ma le linee di struttura del sistema sono rimaste le stesse; giurisdizione ordinaria sulla generalità delle questioni di diritti, con preclusione peraltro pel giudice di annullare, modificare, revocare o sospendere gli atti amministrativi; giurisdizione di annullamento del Consiglio di Stato sulla generalità degli atti amministrativi lesivi di interessi legittimi, integrata localmente — ma limitatamente ad alcune materie tassativamente indicate — dalla giurisdizione di primo grado delle Giunte provinciali amministrative (nonchè, in Sicilia, da quella di uno speciale Consiglio di giustizia amministrativa, e, nella Val d'Aosta, da quella di una speciale Giunta, sostitutiva della Giunta prov. amministrativa: organi istituiti entrambi in correlazione con la particolare autonomia recentemente ottenuta da quelle Regioni); giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e delle altre giu-

risdizioni a esso collegate, estesa anche al merito e talvolta anche ai diritti soggettivi, in talune materie tassativamente indicate; di massima non impugnabilità degli atti amministrativi innanzi al Consiglio di Stato (e alle giurisdizioni collegate) se non dopo l'esaurimento dei rimedi ordinari di carattere amministrativo ammessi dalla legge (ricorsi gerarchici e altri ricorsi amministrativi); giurisdizione speciale di altri organi (inquadrati per lo più nell'organizzazione amministrativa, e solo di rado nell'organizzazione giudiziaria) in materie amministrative a essi espressamente attribuite (Corte dei conti e Consigli di Prefettura per le questioni di responsabilità contabile e civile degli amministratori e degli agenti pubblici; Corte dei conti per le questioni di pensione e pel contenzioso del proprio personale; Tribunale superiore delle acque pubbliche, per le questioni — per lo più relative a interessi legittimi — in materia di acque pubbliche; Commissari degli usi civici, per le questioni di diritti insorgenti relativamente all'esercizio delle loro funzioni amministrative; Giunte speciali per la liquidazione di certe indennità di espropriazione per pubblica utilità; Consigli nazionali dei vari ordini professionali, in materia di questioni relative alla tenuta degli albi e alla disciplina dei professionisti; Commissione speciale per i brevetti industriali; è assai dubbio invece che abbiano natura giurisdizionale le attribuzioni delle commissioni e degli altri organi del contenzioso tributario, nonché le attribuzioni contenziose dei Consigli comunali e provinciali in materia elettorale). Infine, possibilità di ricorrere al Consiglio di Stato, perché pronunci « anche in merito », in ordine ai casi di inottemperanza dell'autorità amministrativa all'obbligo di conformarsi ai giudicati (obbligo che la giurisprudenza ha ritenuto sussistente, non solo nei confronti dei giudicati dei giudici ordinari, ma anche nei confronti dei giudicati di tutti i giudici speciali).

Il vecchio sistema è sopravvissuto, dunque, nelle grandi linee, alla Costituzione del 1947. Questa tuttavia, mentre ne ha consolidato alcuni pilastri, ha introdotto o previsto, per altri, significative innovazioni, ispirandosi in ogni caso al criterio di una più piena garanzia delle posizioni giuridiche soggettive.

Essa ha vietato che la tutela giurisdizionale di queste ultime nei confronti degli atti amministrativi possa mai essere esclusa del tutto o comunque limitata (come era invece frequentemente accaduto nel ventennio fascista e nel quadriennio successivo); ha espressamente disposto la conservazione della giurisdizione del Consiglio di Stato e di quella della Corte dei conti, prevedendo la loro integrazione con « altri organi di giustizia amministrativa », ma escludendo a un tempo ogni possibilità di creazione di ulteriori giurisdizioni speciali, e prevedendo la « revisione » di tutte quelle esistenti (al fine tendenziale di sopprimerle o trasformarle in sezioni specializzate dei tribunali ordinari); ha disposto che tutte le pronunce dei giudici speciali siano soggette al sindacato della Corte di cassazione, non solo per le questioni di giurisdizione, ma anche (salvo le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti) per i vizi di legittimità (errori *in procedendo* e *in judicando*).

Inoltre, secondo una opinione che si va sempre più diffondendo (ma non è finora condivisa dalla giurisprudenza), al sistema da essa instaurato (fondato sulla cessazione dei poteri regi e sull'esclusione di qualsiasi

eccezione alla regola dell'impugnabilità giurisdizionale degli atti amministrativi per vizi di legittimità) inerirebbe il venir meno dell'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato: e ciò, da un lato, per via delle sue radici tipicamente monarchiche, e, dall'altro, per via della connaturata non impugnabilità giurisdizionale delle pronunce intervenute in decisione di esso. In proposito, oltre a una tesi negativa e a una positiva, ne è stata però avanzata una intermedia, variamente formulata, la quale ammette la sopravvivenza dell'istituto, ma prevede, a un tempo, l'impugnabilità in Consiglio di Stato dei decreti di decisione del ricorso.

* * *

Il bilancio del sistema, del quale si sono riferiti i precedenti e si è descritta l'evoluzione, può dirsi, sotto più di un aspetto, soddisfacente. Indubbiamente sono altissima testimonianza di civiltà giuridica la regola della tassativa esclusione di qualsiasi eccezione alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti del potere amministrativo, l'esclusione della istituzione di nuove giurisdizioni speciali amministrative, l'assoggettamento al sindacato della Corte di cassazione della generalità delle pronuncie delle giurisdizioni amministrative.

Avrebbe però torto chi ritenesse che il sitema attuale non sia esente da mende. Ne esistono infatti sia nel campo della tutela dei diritti, che in quello della tutela degli interessi.

* * *

In ordine al primo si potrebbe innanzi tutto considerare che il fenomeno, proprio del nostro tempo, del sempre più esteso affievolimento dei diritti patrimoniali nei confronti dei poteri amministrativi, nel determinare un ampliamento della sfera d'azione dei giudici degli interessi legittimi, comporta, a un tempo, l'allargamento delle zone di confine, dove può affiorare il dubbio che l'azione amministrativa sia venuta a invadere lo ambito dei diritti patrimoniali altrui immune da qualsiasi ingerenza. Si tratta indubbiamente di un aggravamento di quel fenomeno delle incertezze in materia di discriminazione della giurisdizione ordinaria da quella amministrativa, che è connaturato al nostro sistema, e ne rappresenta uno dei punti di frizione. Non può nascondersi infatti che, per quanto esatto, il criterio, ormai costantemente seguito dalla giurisprudenza, per la distinzione delle due giurisdizioni — fondato sul fatto che l'Amministrazione abbia nel caso concreto esercitato un potere che non le spettava o abbia malamente esercitato un potere effettivamente spettantele — non è sempre di facile applicazione, mancando finora un sicuro mezzo di individuazione degli elementi che condizionano l'esistenza dei singoli poteri amministrativi.

Se ciò è vero, non sembra peraltro da auspicare — come da taluno si propone — un ritorno all'antico criterio giurisprudenziale, il quale riconosce ai tribunali ordinari la competenza a decidere tutte le controversie comunque afferenti a diritti soggettivi, anche se attinenti al settore dello affievolimento di essi. L'esperienza ha dimostrato che la devoluzione di queste ultime questioni alla giurisdizione amministrativa ha rafforzato le difese dei particolari (specialmente per ciò che riguarda il sindacato

dell'eccesso di potere). E una qualcha incertezza nel campo della discriminazione delle competenze giurisdizionali non è male tanto grave da dover curare rinunciando a tali maggiori difese.

* * *

Il punto più grave e delicato dell'attuale sistema di difesa dei diritti nei confronti della pubblica Amministrazione rimane invece sempre quello relativo al modo di conseguire l'ottemperanza da parte di questa alle pronuncie del magistrato. Sono ancora valide le ragioni che consigliarono al legislatore del 1865 la esclusione di ogni intervento diretto dei giudici ordinari nel campo d'azione della pubblica Amministrazione (art. 4 l. abol. del contenzioso amm.); e del resto le linee ispiratrici di quell'orientamento appaiono condivise nell'ult. comma dell'art. 113 Cost..

Dato il carattere delle pronuncie ottenute dal giudice civile, i particolari, salvo rare eccezioni, non hanno dunque altra risorsa di fronte alla renitenza dell'Amministrazione, che quella di rivolgersi al Consiglio di Stato perchè questo, nell'esercizio della sua giurisdizione « anche in merito », adotti (ai sensi dell'art. 27 n. 4 del proprio t.u.) le misure ritenute necessarie per adeguare lo stato di fatto allo stato di diritto affermato dal giudice.

Ma appunto perciò è indispensabile rendere più efficiente tale meccanismo. Bisogna che il Consiglio di Stato faccia uso più coraggioso dei propri poteri ripristinatori e riparatori. E sarebbe indispensabile inoltre che il legislatore lo munisse di una potestà più continua e più duttile, avvalendosi della quale il Consiglio di Stato, invigilando attraverso uno dei suoi componenti sulle modalità adottate dall'Amministrazione nell'ottemperare al giudicato e nel conformarsi alle direttive impartitele per l'ottemperanza, fosse in grado, fino al momento del pieno adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto, di adottare esso stesso, in sostituzione dell'Amministrazione poco osservante, tutte le misure e tutti i provvedimenti all'uopo occorrenti. Sarebbe, questo, il solo mezzo per evitare i deprecati inconvenienti che il sistema attualmente comporta in materia. (Al riguardo vedansi gli *Atti* del convegno di studi di diritto amministrativo svoltosi, in argomento, a Napoli nell'aprile 1960, di prossima pubblicazione, e, per ora, le tre relazioni di Sandulli, Giannini e Benvenuti, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1960, 394, 442, 478).

* * *

Per quanto riguarda la tutela degli interessi legittimi, i problemi che meriterebbero di essere affrontati e risolti sono più numerosi.

Innanzi tutto è da tener presente che nell'attuale sistema, fondato in un periodo storico caratterizzato dall'esaltazione dei valori individuali, di massima, ricevono protezione soltanto gli interessi di soggetti giuridici (siano essi individui, siano enti); non ne ricevono, invece, di massima, gli interessi della collettività e dei gruppi sociali, salvo che essi si siano personificati, e nei limiti delle finalità istituzionalizzate. Per modo che, a es., nessun giudizio può essere promosso per far dichiarare l'illegittimità della

permanenza in carica di un commissario straordinario di un Comune o di un altro ente pubblico al di là dei limiti temporali consentiti, o l'illegittimità della formazione di un ruolo organico di un ente pubblico o della omissione del bando di un concorso per la copertura di un posto vacante in un ufficio o nella pianta organica delle farmacie.

Questa manchevolezza si lascia potentemente avvertire nel nostro tempo, caratterizzato dalla consapevolezza degli stretti legami tra vita sociale e vita individuale e del condizionamento di questa da parte di quella, e in conseguenza dal riconoscimento — non soltanto sul piano sociologico ma anche su quello giuridico — dell'importanza delle comunità nelle quali i singoli si inseriscono (v. gli artt. 2, 39, 49 Cost.) e degli interessi da esse rappresentati. Di qui l'affiorare dell'esigenza di un più ampio riconoscimento a gruppi e collettività della possibilità di agire in giudizio a tutela di interessi non individuali, e, a un tempo, di un rilancio potenziato di quell'antico e utilissimo strumento che è l'azione popolare. (In proposito v. Sandulli, *Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto,* in *Stato sociale* 1960, 3 sgg.).

* * *

Un'ulteriore esigenza che si fa imperiosamente avvertire in un regime che si ispira agli ideali di libertà e democrazia è che i soggetti possano ricevere immediata tutela giurisdizionale in relazione a ogni ingerenza dei pubblici poteri nell'esercizio dei loro diritti di libertà.

Dato che il sacrificio di tali diritti si risolve, per lo più, in un danno puramente morale, in un sistema come il nostro, nel quale i danni morali assai difficilmente riescono a ricevere riparazione, la mancanza di una affermazione immediata del diritto leso e di un immediato ripristino della libertà turbata sono inconvenienti di estrema gravità, mentre l'intervento della decisione giurisdizionale differito nel tempo viene a risolversi in una beffa.

Siffatti inconvenienti potrebbero essere eliminati soltanto mediante l'istituzione, in materia, di procedimenti sommari di giurisdizione amministrativa, sì da trattare i relativi giudizi in brevissimo tempo e con precedenza assoluta, analogamente a quanto è previsto per gli incidenti di sospensione degli atti amministrativi impugnati.

Ben poca soddisfazione e ancora minor vantaggio sarebbe, a es., in grado di recare agli interessati la dichiarazione, a mesi o addirittura ad anni di distanza, dell'illegittimità del divieto di una pubblica riunione o di una processione, o del diniego di un passaporto.

* * *

Alle riferite esigenze, che hanno fondamento e rispondenza nella sensibilità del nostro tempo agli ideali di libertà e democrazia, altre però se ne aggiungono, alle quali per tradizione ormai remota si richiamano tutti coloro che si sono occupati dei problemi della giustizia amministrativa in Italia. Esse sono essenzialmente due: quella a che venga reso meno gravoso per il ricorrente l'onere — attualmente assai pesante — di battere la via amministrativa prima della via giurisdizionale, e quella a che vengano

creati degli organi decentrati di giurisdizione amministrativa dotati di competenza generale, e in effettiva posizione di indipendenza.

In ordine alla prima di esse è da tener presente che la regola, la quale, per i ricorsi al Consiglio di Stato (non però per i ricorsi alla Giunta provinciale amministrativa, i quali peraltro si rivolgono generalmente contro provvedimenti non soggetti a impugnative amministrative), esige la definitività del provvedimento amministrativo impugnato — e cioè l'esaurimento di tutti i possibili ricorsi amministrativi (anche quando la legge prevede più di un grado di ricorsi) salvo il ricorso straordinario —, è preordinata a far sì che, prima che una controversia riguardante la validità di un atto amministrativo abbia a dilagare nell'ordinamento generale e a esser portata, a garanzia di quest'ultimo, davanti agli organi giurisdizionali, che sono appunto organi dell'ordinamento generale, essa possa esser risolta in seno all'ordinamento particolare della pubblica Amministrazione, in funzione degli interessi propri di tale ordinamento. Orbene, le ragioni animatrici di tale regola non possono, in un regime ispirato al principio di legalità, giustificare al di là di limiti ragionevoli l'aggravamento che ne deriva alla posizione giuridica del privato che abbia da far valere le sue doglianze contro un comportamento dell'Amministrazione.

Il sistema attuale, in base al quale all'Amministrazione sono concessi almeno centottantuno giorni per decidere i ricorsi a essa presentati (art. 5 t.u. com. e prov. 1934), pone invece i particolari in una situazione di notevole difficoltà, in quanto preclude a essi la possibilità di adire la via giurisdizionale, in attesa di una decisione amministrativa della controversia, tarda a giungere, e che — come l'esperienza purtroppo conferma ogni giorno — solitamente non giungerà, e se giungerà, sarà (per mal inteso senso di solidarietà burocratica) solitamente sfavorevole e poco obbiettiva.

Nè la situazione di disagio verrebbe a essere gran che migliorata qualora i centottantuno giorni dovessero esser ridotti a centoventuno, come prevede l'art. 57 dello schema di progetto di legge generale sulla pubblica Amministrazione predisposto (ma non presentato al Parlamento) dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1953, rielaborando un precedente schema del 1948 (*Presidenza del Consiglio dei Ministri - Stato dei lavori per la riforma della pubblica Amministrazione* — 1948-1953 — Vol. III, Roma 1953, p. 58).

Forse un sistema idoneo a contemperare le esigenze dell'Amministrazione con quelle degli interessati potrebbe esser quello che consentisse a questi ultimi la possibilità di presentare il ricorso giurisdizionale nonostante la pendenza di quello amministrativo (eventualmente chiedendo anche in sede giurisdizionale, nonostante la pendenza del ricorso amministrativo, la sospensione del provvedimento impugnato); per la trattazione del giudizio dovrebbe essere assegnato un termine superiore di un paio di mesi rispetto a quello che l'Amministrazione ha per decidere il ricorso a essa proposto (salva la possibilità che il giudice abbrevi i termini, con efficacia estesa al ricorso amministrativo); e dovrebbe esser consentito agli interessati di presentare in sede giurisdizionale nuovi motivi di impugnativa in caso di decisione sfavorevole del ricorso amministrativo; mentre l'Amministrazione dovrebbe essere esentata dalle spese del giudizio nel caso di tempestiva decisione del ricorso amministrativo in senso

favorevole agli interessati. Per essere efficiente, tale sistema esigerebbe però anche l'eliminazione dei casi di ricorsi amministrativi a più gradi.

* * *

L'esigenza della creazione di organi locali di giurisdizione amministrativa con competenza generale è stata sempre vivamente sentita, e l'aspirazione alla sua realizzazione si è particolarmente accentuata in questo dopoguerra, tanto che fin dal 1948 sono stati predisposti, in sede di commissione governativa di studio, vari schemi di riforma della giustizia amministrativa su tali basi. Anzi l'art. 125 Cost. e l'art. 55 della legge 10 febbraio 1953 n. 62, sulla costituzione e il funzionamento degli organi regionali, prevedono espressamente la istituzione di tribunali amministrativi regionali.

In effetti l'attuale sistema, che attribuisce unicamente a un organo giurisdizionale con sede nella capitale (il Consiglio di Stato) la competenza generale a conoscere della legittimità degli atti amministrativi lesivi di interessi legittimi, comporta gravissimi inconvenienti, quali la costosità dei giudizi (che, per quelli di tenue valore economico e per quelli ai quali sono interessati soggetti che non dispongono di mezzi sufficienti, viene a risolversi in una preclusione di giustizia), e la mancanza di un doppio grado di giurisdizione. In quei pochissimi casi, poi, nei quali esiste la competenza di primo grado della Giunta provinciale amministrativa, è stata costantemente lamentata la scarsa indipendenza e la insufficiente preparazione tecnica dell'organo (composto in maggioranza di elementi attivi dell'Amministrazione statale e per il resto di persone elette dal Consiglio provinciale)..

Il più recente degli schemi di progetti legislativi di cui si faceva cenno *(Presidenza del Consiglio dei Ministri — Stato dei lavori per la riforma della pubbl. Amm.*, cit., III, 411 sgg.) prevede dei tribunali amministrativi regionali (destinati ad assorbire le Giunte prov. amministrative e i Consigli di Prefettura), composti di magistrati di carriera di un ruolo speciale (aventi garanzie analoghe a quelle degli altri magistrati), e dotati (oltre che di giurisdizione in materia contabile) di competenza di primo grado (salvo appello al Consiglio di Stato) di carattere generale, in materia di interessi legittimi, nei confronti di tutti gli « atti o provvedimenti definitivi delle autorità amministrative dello Stato aventi competenza territoriale non eccedente la circoscrizione regionale », nonchè di tutti gli « atti o provvedimenti degli enti pubblici locali che svolgono la loro attività nell'ambito della stessa circoscrizione », e di competenza (sempre di primo grado) estesa alla materia dei diritti soggettivi in alcuni casi tassativamente indicati (art. 14 e 15).

A una riforma orientata in tali sensi si sono, in linea di massima, mostrati favorevoli gli studiosi di diritto amministrativo, in un convegno svoltosi a Roma nel 1955 (la relazione del Guicciardi e gli interventi su di essa possono leggersi in *Nuova rassegna* 1955, 1477 sgg.). Un punto sul quale sarebbero opportuni dei perfezionamenti è però quello della sfera di competenza dei tribunali regionali. Lo schema ammette tale competen-

za, e quindi il doppio grado di giurisdizione, soltanto per i provvedimenti delle autorità locali (regionali o infraregionali): e ciò, da un lato, viene a determinare un sistema di garanzie meno intense proprio per la generalità dei provvedimenti, che, per essere adottati da autorità centrali, sono, di massima, quelli di maggiore importanza; e, dall'altro, comporta la necessità di portare al Consiglio di Stato, anzichè ai tribunali regionali, i provvedimenti di molte autorità locali minori con circoscrizione a cavallo di più Regioni. Occorrerebbe invece fare in modo che ogni controversia di competenza delle giurisdizioni amministrative avesse un giudizio di doppio grado: al qual fine si potrebbe, da un lato, con opportune norme di collegamento, devolvere agli istituendi tribunali regionali locali anche i ricorsi contro atti di autorità locali a circoscrizione ultra-regionale, e, dall'altro, articolare il Consiglio di Stato in un duplice grado di giurisdizione, riservando a quello più basso di conoscere in prima istanza dei provvedimenti amministrativi non rientranti nella competenza dei tribunali regionali perchè provenienti da autorità centrali. Al fine di evitare un eccessivo aggravamento del carico del Consiglio di Stato in quanto giudice di secondo grado, si potrebbe poi limitare la funzione di esso, in tale veste, al solo riesame dei punti di diritto, senza possibilità di riesame delle decisioni di primo grado sotto il profilo del fatto.

Quella della soppressione della competenza giurisdizionale delle Giunte provinciali amministrative appare comunque una riforma essenziale e indilazionabile, risultando tale giurisdizione assolutamente incompatibile con un regime ispirato al principio di legalità.

* * *

A non gravi inconvenienti danno luogo le attribuzioni giurisdizionali dei Consigli di Prefettura. Esse riguardano la materia della responsabilità contabile degli amministratori dei minori enti locali. Ma in tale materia, mancando l'impugnativa di provvedimenti amministrativi, il secondo grado di giurisdizione, rimesso alla Corte dei conti, riesce a riparare agli inconvenienti inerenti al fatto che la prima istanza ha la sua sede innanzi a un giudice tutt'altro che indipendente.

Con ciò non si vuol dire che anche in questo campo una riforma in senso più legalistico non sia da auspicare. E forse il sistema più conveniente potrebbe essere quello di rimettere la giurisdizione contabile di cui trattasi, in unico grado, agli organi locali della Corte dei conti attualmente funzionanti presso le Regioni e i Provveditorati alle opere pubbliche.

* * *

A minori preoccupazioni dovrebbero dar luogo altri organi di giustizia amministrativa spesso avversati, quali le commissioni tributarie e gli altri organi amministrativi di giustizia tributaria, nonchè i Consigli comunali e provinciali in veste di organi di giustizia elettorale, una volta che si entri nell'ordine di idee — seguito dalla migliore dottrina (ma finora non dalla giurisprudenza) — che a tutti tali organi non va riconosciuto carattere giurisdizionale, e che essi assolvono una funzione di giustizia

all'interno della stessa organizzazione amministrativa (sicchè prima che gli organi stessi si siano pronunciati non può dirsi che esista un provvedimento definitivo impugnabile in sede giurisdizionale). E' da aggiungere, per quanto riguarda la materia tributaria, che il reclamo agli organi in questione sospende, di massima, l'operatività dell'imposizione, e, per quanto riguarda la materia elettorale, che la legge assegna agli organi in questione un termine brevissimo per provvedere definitivamnte sui ricorsi.

In relazione alla materia elettorale si può piuttosto osservare che, assai più criticabile della conservazione della competenza dei Consigli comunali e provinciali, appare quella della competenza delle Giunte provinciali amministrative a giudicare sull'impugnativa delle decisioni consiliari. La esperienza ha purtroppo dimostrato che questo è il campo nel quale la mancanza di uno *status* di indipendenza di quei consessi para-prefettizi più lascia sentire i suoi inconvenienti: e la mancanza delle necessarie garanzie di obbiettività è tanto più da deprecare in un settore come questo, che tocca uno dei diritti fondamentali del cittadino nello Stato democratico: quello dell'elettorato passivo.

Sarebbe pertanto da auspicare che, indipendentemente e ancor prima della realizzazione della riforma generale della giustizia amministrativa locale, venisse soppressa la competenza delle Giunte provinciali amministrative in materia elettorale, portando le decisioni consiliari direttamente all'esame, rispettivamente, delle Corti d'appello e del Consiglio di Stato, cui ora le controversie elettorali sono devolute solo in sede di gravame contro le decisioni delle Giunte.

* * *

A questi suggerimenti, altri se ne possono aggiungere.

Uno di essi è quasi di prammatica, e riguarda la necessità che si faccia finalmente luogo alla revisione di tutte le giurisdizioni speciali, per la quale la VI disp. trans. Cost. assegnava il termine di cinque anni, ormai da gran tempo trascorso senza che il lavoro sia stato neppure iniziato.

Un altro suggerimento è quello relativo all'opportunità di realizzare un raccordo — finora mancante — tra il giudizio costituzionale per conflitto di attribuzione tra lo Stato e una Regione (o tra lo Stato e una Provincia del Trentino-Alto Adige, o tra questa Regione e una delle sue Provincie) e il giudizio amministrativo proposto da un singolo avverso il provvedimento che abbia concretato l'invasione di competenza suscettibile di far luogo al conflitto. Oggi tali giudizi procedono per proprio conto. Sarebbe invece auspicabile che, ogni volta che taluno denunci un provvedimento amministrativo dello Stato o di una Regione per invasione della sfera di attribuzione, rispettivamente, di una Regione o dello Stato (e così nei casi affini riguardanti la Regione del Trentino-Alto Adige e le relative Provincie), la legge gli imponesse l'onere di notificare l'istanza con cui la doglianza venga sollevata all'ente della cui sfera di attribuzioni venga lamentata l'invasione, e disponesse che, ove tale ente elevi il conflitto costituzionale, il giudizio comune rimanga sospeso fino all'esito di quello, e ne resti condizionato. Ove invece l'ente non elevi il conflitto (nei termini previsti dall'art. 39 della legge 11 marzo 1953 n. 87 sulla Corte costituzio-

nale), la questione verrebbe decisa nel giudizio comune, con effetti limitati alle parti in causa. Solo in tal modo verrebbe a evitarsi la possibilità di pronuncie contrastanti.

* * *

I suggerimenti enunciati — nè completi, nè sufficientemente svolti, dato che la sede non lo esigeva e non lo consentiva — non vogliono essere se non uno spunto e un invito alla meditazione e a più approfonditi contributi.

Il nostro Paese può vantarsi di essere stato, nei cento anni della sua storia di nazione indipendente e unita, tra quelli in cui i problemi della giustizia amministrativa più vivamente sono stati avvertiti e dibattuti, e tra quelli segnalatisi nel campo della realizzazione degli istituti occorrenti per il suo trionfo. Non poco rimane però ancora da fare sulla via della piena affermazione della legalità nella vita dell'Amministrazione pubblica. I padri del Risorgimento additavano alle generazioni future tale via. E, se il secolo di vita nazionale testé concluso non è riuscito a percorrerla tutta, bisogna che la nostra generazione — che ha la ventura di vivere in condizioni materiali e culturali indubbiamente migliori — senta urgere in sé l'impegno di percorrerla con buona volontà sino agli ultimi risultati indispensabili per la piena affermazione degli ideali di libertà e di democrazia.

Dove la giustizia nell'amministrazione non è completa e perfetta, la libertà e la democrazia non possono ancora considerarsi conquistate.

Sull'impugnabilità giurisdizionale del silenzio serbato dall'Amministrazione sul ricorso straordinario*

Pubblicato in

Giustizia Civile
Milano, 1962, II, pp. 178-181

* *Nota* a Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 maggio 1962 n. 4, *ibid.*, p. 177; le massime sono riportate alla pagina seguente

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA: 23 MAGGIO 1962 N. 4; PRES. PETRILLI, EST. VOZZI; GIAQUINTO (AVV. D'AUDINO) C. MINISTERO SANITÀ (AVV. DELLO STATO TERRANOVA), TADINO (AVV. TOMA).

Qualora l'amministrazione alla quale sia stato presentato un ricorso straordinario ometta di trasmettere il ricorso al Consiglio di Stato per il prescritto parere, l'interessato può diffidare l'autorità competente a dar corso al procedimento entro un determinato termine, con l'effetto di configurare l'ulteriore inerzia dell'amministrazione come un tacito rifiuto di provvedere, impugnabile in sede giurisdizionale.

È illegittimo il comportamento dell'amministrazione che ometta di dar corso al procedimento per la decisione di un ricorso straordinario, per ritenute ragioni di opportunità, quale la convenienza di attendere la pronunzia di un ricorso giurisdizionale su un provvedimento connesso a quello impugnato in sede amministrativa.

Il tacito rifiuto dell'amministrazione di provvedere su un ricorso straordinario non restituisce al ricorrente la facoltà di proporre ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento impugnato, ma dà titolo alla proposizione del ricorso giurisdizionale al solo fine di far dichiarare l'illegittimità del comportamento omissivo dell'amministrazione.

Per quanto meno liberale della decisione della V sez., 13 maggio 1948 n. 274 (*Foro amm.* 1948, I, 2, 284), dal cui indirizzo si è discostata, questa decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato è, sul piano strettamente giuridico, ineccepibile. Non potrebbero quindi estendersi ad essa le critiche che — in difesa del vigente sistema della giustizia amministrativa e delle posizioni giuridiche individuali — sono state mosse, a ragione, dal BACHELET (*Ancora in tema di decisione del ricorso straordinario e di impugnativa del terzo « controinteressato »: un altro caso di denegata giustizia, Foro amm.* 1961, I, 1364) a un'altra recente, importante pronuncia dell'adunanza plenaria in tema di quel discusso istituto che è il ricorso straordinario (dec. 24 maggio 1961 n. 12, *Il Consiglio di Stato* 1961, I, 853).

Non è il caso in questa sede di affrontare la complessa e delicata tematica relativa alla legittimità del mantenimento in vita dell'istituto, che la legislazione (vedi l'art. 7 l. 21 dicembre 1950 n. 1018, modificato con l. 25 aprile 1957 n. 283 e la tabella allegata al d. lg. 25 giugno 1953 n. 283), la prassi amministrativa e la giurisprudenza continuano a considerare sopravvissuto alla caduta del regime monarchico e all'entrata in vigore della Costituzione del 1947 (per un'ampia esposizione della relativa problematica, e della dottrina in argomento, v. il notevole studio di BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale, Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, 796 ss.; *adde* M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano 1959). Si tratta, del resto, di un istituto, il quale, nell'attuale ordinamento della nostra giustizia amministrativa, svolge un ruolo di attenuazione di certi severi rigori del sistema, e perciò un ruolo sostanzialmente liberale. Si vuole soltanto ribadire — in quanto interessa l'economia della presente breve annotazione di commento —, contro qualche pur recente e pur autorevole riaffermazione della tesi opposta (MORTATI, *Sull'incostituzionalità dell'art. 23, ultimo comma statuto Regione siciliana, Giur. cost.* 1960, 322), la natura prettamente amministrativa, e non giurisdizionale, del decreto di decisione del ricorso straordinario (SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straord. al Presidente della Repubblica, Giur. it.* 1950, IV, 89; BACHELET, *Ricorso straord.*, citato, 800 ss.; e, da ultimo, NIGRO, *Sul controllo di legittimità della Corte dei conti degli atti di decisione di ricorsi straord., Giur. cost.* 1961, 1493; D'ALBERGO, *Decisione di ricorso straord. e rifiuto di visto, ivi*, 1497). Decreto, che, pur, emesso nella forma dell'atto del Capo dello Stato, è un provvedimento la determinazione del cui contenuto rientra nella competenza propria del Governo (vedi diffusamente BACHELET, *op. ult. cit.*, 800 ss. e autori *ivi* citati *sub* nota 19; in senso contrario, di recente, D'ALBERGO, *op. cit.*, 1500 s.).

Ciò comporta l'applicabilità al ricorso straordinario, e agli atti del relativo procedimento, della normativa propria dei ricorsi amministrativi e degli atti amministrativi, salvo che tale applicabilità risulti in alcun modo esclusa — esplicitamente o implicitamente — dalla disciplina propria dell'istituto. Ed è elemento basilare per la dimostrazione dell'esattezza della conclusione accolta dalla decisione che si annota.

Giustamente la dottrina (GUICCIARDI, *La giustizia amm.*, 3ª ed., Padova 1953, 143; vedi anche gli altri autori citati da BACHELET, *op. ult. cit.*, 805, nota) aveva definito « audace » l'orientamento assunto dalla decisione della V sezione, citata al principio di questa nota, la quale ebbe ad affermare che il comportamento omissivo tenuto dal ministero, competente a istruire un ricorso straordinario a esso presentato, una volta che il ministero stesso fosse stato diffidato a dar corso al necessario procedimento, comporterebbe la riammissione in termini del ricorrente ai fini dell'impugnabilità in sede giurisdizionale (pei medesimi vizi de-

nunciati in via straordinaria) del provvedimento invano impugnato col ricorso straordinario. L'« audacia » di una siffatta soluzione era rappresentata dal carattere fin troppo « pretorio » — in quanto contrastante col diritto positivo — dell'espediente escogitato per porre rimedio all'illegittima inerzia dell'amministrazione. Non si può infatti dimenticare che, nel congegno della nostra giustizia amministrativa, basato sulla regola della « alternatività » tra i due rimedi giuridici (art. 34 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054), l'ammissibilità del ricorso amministrativo straordinario è condizionata o dalla decadenza del ricorrente (per decorso del termine) dalla possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale, o dalla previa (esplicita o implicita) rinuncia a far valere i propri interessi per quest'ultima via (SANDULLI, *op. cit.*). E ciò comporta che, essendo istituzionalmente preclusa in modo definitivo, al ricorrente, la possibilità di impugnare in via giurisdizionale il medesimo provvedimento impugnato in via straordinaria, non può il giudice sostituirsi alla legge nel consentirgli la possibilità del rimedio ormai ineluttabilmente a lui precluso.

Se il precedente orientamento giurisprudenziale non poteva appagare, ancor meno poteva però esser considerata soddisfacente l'idea che, nei confronti dell'inerzia serbata sul ricorso straordinario, il ricorrente non disponga di alcun rimedio giuridico. Se è ormai pacifico il carattere di rimedio giuridico, e di rimedio di carattere amministrativo, del ricorso straordinario — e cioè di mezzo sul quale, una volta che sia stato proposto, l'amministrazione è tenuta a pronunciarsi, senza potersi in alcun modo sottrarre a tale obbligo —, è di immediata evidenza l'impossibilità di aderire alla seconda delle due soluzioni prospettate. Vi si oppone il principio di legalità dell'azione della pubblica amministrazione, del quale i precetti enunciati nei commi 5 e 6 dell'art. 5 t.u. com. prov. 1934 non sono che una specificazione (tant'è vero che — come è stato opportunamente ricordato nella decisione in rassegna — la giurisprudenza ne aveva fatto applicazione molti decenni prima della formulazione nel ricordato testo legislativo).

Definito questo punto, non ne discende però che, in un caso come quello in esame, l'inerzia dell'amministrazione possa esser configurata come rigetto del ricorso alla stregua di quanto dispone il citato art. 5 t.u. com. prov.

L'inerzia (sulla quale vedi, di recente, GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente, Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, 778) è, generalmente un comportamento neutro: in mancanza di altri elementi, o di espresse disposizioni legislative, non può essere attribuito a essa alcun significato, se non quello di non-azione. Non azione, la quale, quando chi rimane inerte era obbligato a operare in qualche modo, sarà anche un non-adempimento di un obbligo specifico. Ma non altro.

Orbene, mentre nel caso del ricorso gerarchico esiste un'espressa disposizione legislativa (comma 6 dell'art. 5 citato), la quale attribuisce al silenzio dell'Amministrazione (che di per sè è un mero fatto e non un atto giuridico: SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, 7ª ed., Napoli 1962, 339 s.; GIAMPICCOLO, *Note*, citate, 800 s.) il valore giuridico di (equipollente di un provvedimento di) rigetto del ricorso, e cioè lo configura come silenzio-rigetto, equiparandolo a una pronuncia sfavorevole al ricorrente (nè, in presenza del tassativo disposto legislativo, appare possibile ritenere — come fa la giurisprudenza: Cons. di Stato, sez. IV, 27 gennaio 1959 n. 87, 1 giugno 1960 n. 538, 2 dicembre 1960 n. 1003, rispettivamente in *Il Consiglio di Stato* 1959, I, 28; 1960, I, 1074 e 2222, giustamente criticata da GUICCIARDI, *Il ricorso gerarchico è ancora un rimedio giuridico?, Giur. it.* 1961, III, 209 — che nonostante il decorso dei termini il silenzio non equivalga a rigetto quando risulti che sia in corso l'istruttoria del ricorso, e ciò persino quando si tratti di un'istruttoria non contemplata espressamente dalla legge); e mentre si può riconoscere che a ragione la giurisprudenza — in base a una corretta interpretazione estensiva — ha ritenuto applicabile l'anzidetta regola dell'art. 5 anche agli altri ricorsi amministrativi ordinari; giustamente è stato sempre escluso che la medesima regola possa trovare applicazione in relazione al ricorso straordinario (Cons. di Stato, sez. V, 13 maggio 1948 n. 274, già citata, nonchè, sez. VI, 15 maggio 1957 n. 303 e sez. V, 11 novembre 1961 n. 624, rispettivamente in *Il Cons. di Stato* 1957, I, 807 e 1961, I, 1914).

La procedura del ricorso straordinario presenta infatti peculiarità proprie, e si articola (pur quando si voglia prescindere dal successivo intervento della Corte dei conti, in ordine al quale si presentano problemi più delicati, su cui v., da ultimo, gli scritti di NIGRO e D'ALBERGO già citati) in una molteplicità di atti (istruttoria ministeriale; richiesta del parere del Consiglio di Stato da parte del ministro; preavviso e parere del Consiglio di Stato; proposta ministeriale al Presidente della Repubblica; firma presidenziale del decreto; controfirma ministeriale dello stesso; richiesta ministeriale della registrazione della Corte dei conti), ai quali eventualmente (nel caso che il ministro competente non ritenga di attenersi al parere del Consiglio di Stato) possono, prima della formulazione del decreto da sottoporre al Capo dello Stato, aggiungersene altri (richiesta ministeriale della deliberazione del Consiglio dei Ministri, e de-

liberazione di quest'ultimo). L'espletamento dei singoli atti di tale procedura è poi naturalmente caratterizzato da modalità temporali che ne implicano necessariamente un decorso più lento: modalità, da un lato, inerenti alla natura stessa degli organi e del loro modo di operare, dall'altro espressamente previste dalla stessa legge (si pensi al termine di 60 giorni assegnato alle parti resistenti dall'art. 61 r.d. 21 aprile 1942 n. 444 per la presentazione delle deduzioni). Inoltre, siccome la decisione del ricorso non è rimessa alla sola volontà del ministro competente per l'istruttoria e per la proposta al Capo dello Stato, è chiaro che l'inerzia di quest'ultimo, nel dar corso alla procedura, non potrebbe logicamente essere equiparata a un rigetto del ricorso. E neanche lo potrebbero i comportamenti omissivi che si determinassero nell'ulteriore corso della procedura. Sono evidenti perciò le ragioni che rendono impossibile l'attribuzione, alla mancata decisione del ricorso straordinario nei termini risultanti dall'art. 5 t.u. com. prov., del medesimo valore giuridico di rigetto, che il citato articolo attribuisce alla mancata decisione del ricorso all'autorità gerarchica (veramente l'anzidetta giurisprudenza, riecheggiata anche nella decisione annotata, suole giustificare l'inestensibilità, all'omessa decisione del ricorso straordinario, delle regole dell'art. 5, col fatto che la decisione del ricorso straordinario è, a differenza da quella degli altri ricorsi amministrativi, una decisione di ultimo grado: ma si tratta di affermazione vera soltanto in parte, data l'impugnabilità, almeno sotto certi limitati aspetti, della decisione stessa in sede giurisdizionale: v. al riguardo, anche per altre indicazioni, SANDULLI, *Manuale dir. amm.*, citato 264 s.).

Dalla natura puramente amministrativa della procedura e dei singoli atti di essa, e dall'esigenza — più sopra sottolineata — che a essi e ai suoi singoli atti si applichino le regole comuni alla generalità degli atti amministrativi, e, prima tra tutte, la regola della legalità dell'azione amministrativa, discende però immediata la conseguenza della soggezione dei singoli atti della procedura in esame alla regola, per cui, trascorso invano un congruo lasso di tempo dal momento a partire dal quale per l'organo competente sia sorto l'obbligo di prendere in esame l'oggetto su cui provvedere, e un ulteriore lasso di tempo dal momento in cui l'interessato abbia messo in mora l'organo stesso al fine di provvedere, l'atto dovuto ha da intendersi come rifiutato (silenzio-inadempimento, e cioè silenzio-rifiuto, da non confondere col silenzio-rigetto, di cui si è parlato più sopra: sulla distinzione, vedi partic. la decisione Cons. di Stato, ad. plen., 3 maggio 1960 n. 8, *Il Consiglio di Stato* 1960, I, 822). Con la conseguenza — che giustamente ne ha fatto discendere, con riferimento al caso in esame, la decisione annotata — della impugnabilità del silenzio-rifiuto del singolo organo (in quanto preclusivo dell'ulteriore corso della procedura, e, perchè tale, lesivo dell'interesse del ricorrente alla decisione), al fine di ottenerne la dichiarazione di illegittimità, e di conseguire la dichiarazione dell'obbligo dell'organo competente a porre in essere l'atto rifiutato; e con l'ulteriore scopo di conseguire l'adozione, da parte di quell'organo, degli atti a esso spettanti, e di potere altrimenti sperimentare la procedura prevista dall'art. 27 n. 4 del testo unico sul Consiglio di Stato.

Qui il discorso potrebbe diventare più lungo e più complicato, quando si volesse affrontare il delicato problema dei termini, trascorsi i quali il silenzio dell'amministrazione possa, in simili casi, esser considerato come rifiuto.

È noto che la giurisprudenza si è venuta orientando nel senso che, a parte i casi in cui sia la stessa legge a disporre entro quale termine l'autorità amministrativa sia tenuta a provvedere (p. es., art. 31 l. 17 agosto 1942 n. 1150, per le licenze edilizie), l'interessato non possa mettere in mora l'amministrazione se non sia trascorso almeno il termine di 120 giorni prescritto, pel caso di ricorso gerarchico, dal 5° comma dell'art. 5 t.u. com. e prov. (vedi, p. es., Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 1960 n. 991, *Il Consiglio di Stato* 1960, I, 2154), e che nell'atto di messa in mora non possa assegnare all'amministrazione un termine inferiore ai 60 giorni prescritti dal 6° comma dello stesso articolo perchè possa formarsi il silenzio-rigetto. Nè qui è il caso di affrontare un sì delicato e complesso problema.

Non si può però fare a meno di osservare che, ormai che è stata chiarita la differenza tra silenzio-rifiuto e silenzio-rigetto; posto che per i casi di silenzio-rifiuto il t.u. 10 gennaio 1957 n. 3 (sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato), sia pure avendo di mira unicamente il problema della responsabilità degli impiegati, considera perfezionata la fattispecie del rifiuto col semplice decorso di 30 giorni (e non di 60) dall'atto di messa in mora, e, a parte i casi in cui il momento di maturazione dell'obbligo di provvedere risulti *ex lege*, considera possibile notificare l'atto di messa in mora quando siano trascorsi soltanto 60 giorni (e non 120) dal momento della domanda dell'interessato volta a ottenere il provvedimento, o dal compimento dell'atto di procedura immediatamente precedente; esigere anche per il formarsi del silenzio-rifiuto (per giunta in ordine a ciascun momento della singola procedura) il maturare dei termini assegnati dall'art. 5 t.u. com. prov. per il formarsi del silenzio-rigetto, appare fuori luogo, mentre più congruo sarebbe adeguarsi, a tutti gli effetti, alle disposizioni del citato art. 25 del testo unico sullo stato giuridico degli impiegati statali (SANDULLI, *Manuale*, citato, 339 s.;

ma *contra* Cons. di Stato, sez. VI, 6 maggio 1959 n. 302, *Il Consiglio di Stato* 1959, I, 878, osservando, non convincentemente, che la fissazione, da parte del legislatore, di un termine, trascorso il quale il comportamento del funzionario è da considerare, verso i terzi, come inadempimento, non sarebbe sufficiente a implicare che, trascorso quel termine, la stessa amministrazione sia da considerare come inadempiente). Si può notare anzi che l'assurdità delle conseguenze dell'orientamento troppo favorevole all'amministrazione, finora seguito in proposito dalla giurisprudenza, si rivela di più immediata evidenza proprio in quei casi, in cui — come in quello in esame relativo alla decsione dei ricorsi straordinari — le procedure amministrative si presentino particolarmente articolate e complesse.

Ricorso amministrativo

Pubblicato in

*Novissimo Digesto Italiano**
Torino, 1968, vol. XV, pp. 974-986

*** Estratto con paginatura autonoma**

BIBLIOGRAFIA. — Nelle trattazioni di carattere generale e nei trattati, manuali e corsi di lezioni dedicati alla giustizia amministrativa, vedi particolarmente ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, nel *Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto dallo stesso, vol. III, Milano, 1901, pag. 654 e segg. (2ª ediz., 1923, pag. 416 e segg.); CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, s. d., pag. 488 e segg.; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5ª ediz., Milano, 1937, pag. 203 e segg.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ediz., Padova, 1954, pag. 99 e segg.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 7ª ediz., Milano, 1954, pag. 53 e segg.; SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, pag. 80 e segg., 144 e segg., 156 e segg., 203 e segg.; GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1964, pag. 38 e segg.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 9ª ediz., Napoli, 1966, pag. 651 e segg.

Nella letteratura monografica: HAUPTMANN, *Il ricorso gerarchico*, Firenze, 1911; DE VALLES, *Per un sistema dei ricorsi gerarchici* (*Foro Amm.*, 1930, IV, 37 e segg.); MIRANDA, *Il ricorso gerarchico* (*Giur. It.*, 1938, III, 37 e segg.); PUCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938; AMORTH, voce *Ricorso gerarchico* (*Nuovo Digesto Italiano*, vol. XI, 1939, pag. 668 e segg.); GIROLA, voce *Ricorso amministrativo* (*Nuovo Digesto Italiano*, vol. XI, 1939, pag. 652 e segg.); RAGNISCO e ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, 2ª ediz., Roma, 1954; OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 859 e segg.).

Si consultino inoltre, con riferimento alle diverse questioni trattate nella presente voce, IACCARINO, *I motivi del ricorso gerarchico e il ricorso giurisdizionale* (*Foro It.*, 1930, III, 137); GUICCIARDI, *I motivi del ricorso nei rapporti fra il ricorso gerarchico e il ricorso contenzioso* (*Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1935, 122 e segg.); FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali* (*Ibid.*, 1932, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. II, Roma, 1937, pag. 229 e segg.); DE VALLES, *Regole ed eccezioni nel ricorso gerarchico* (*Foro It.*, 1941, III, 139 e segg.); ZANOBINI, *Ricorso amministrativo e annullamento d'ufficio* (*Giur. It.*, 1942, III, 51 e segg.); GUICCIARDI, *Il contraddittorio nel ricorso gerarchico* (*Ibid.*, 1943, III, 179 e segg.); ID., *Sulla comunicazione del ricorso gerarchico all'autorità inferiore* (*Ibid.*, 1947, III, 81 e segg.); GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose* (*Foro*

AVVERTENZA. — La giurisprudenza delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale viene citata senza indicazione di alcun repertorio, essendo facile rintracciare le pronunce nella rivista *Il Consiglio di Stato*, e, per il periodo anteriore, nella rivista *Il Foro Amministrativo*, dove esse sono pubblicate tutte, e in ordine cronologico.

Amm., 1949, I, 1, 316 e segg.); BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 e segg.); GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative* (*Foro It.*, 1952, IV, 169 e segg.); NIGRO, *Le decisioni amministrative*, 2ª ediz., Napoli, 1953, pag. 96 e segg.; MIELE, *Questioni in tema di silenzio-rigetto del ricorso gerarchico* (*Cons. Stato*, 1954, II, 91 e segg.); NIGRO, *Annullamento d'ufficio e revocazione di decisioni amministrative* (*Foro It.*, 1956, III, 48 e segg.); BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio* (*Rass. Dir. Pubbl.*, 1957, 1 e segg.); LESSONA, *Il provvedimento impugnabile in sede giurisdizionale dopo la decisione del ricorso gerarchico* (*Scritti minori*, vol. II, Milano, 1958, pag. 887 e segg.); BENVENUTI, voce *Autotutela: b) Diritto amministrativo* (*Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 1959, pag. 547 e segg.); CANNADA-BARTOLI, voce *Decisione amministrativa* (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, 1960, pag. 268 e segg.); CINTOLESI, *Osservazioni in tema di silenzio-rigetto del ricorso gerarchico* (*Foro Amm.*, 1960, I, 703 e segg.); GUICCIARDI, *Silenzio e pronuncia sullo stesso ricorso gerarchico* (*Giur. It.*, 1960, III, 259 e segg.); CANNADA - BARTOLI, *In margine all'ammissibilità di provvedimenti successivi al silenzio-rigetto* (*Foro Amm.*, 1961, I, 269); MIELE, *Ancora in tema di silenzio-rigetto* (*Cons. Stato*, 1961, II, 156 e segg.); SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione* (ediz. provv.), Milano, 1961; LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962, 381 e segg.); NIGRO, voce *Decisione amministrativa* (*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, 1962, pag. 816 e segg.); PIRAS, *Interesse legittimo e processo amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, pag. 553 e segg.; SCOCA, *Considerazioni sull'inerzia amministrativa* (*Foro Amm.*, 1962, I, 489 e segg.); NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi* (*Foro It.*, 1963, IV, 49 e segg.); ALESSI, *Rilievi in ordine alle impugnative del comportamento omissivo della pubblica amministrazione* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 528 e segg.); IACCARINO, *Assorbimento del ricorso gerarchico nel ricorso giurisdizionale* (*Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione* [promosso dall'Amministrazione provinciale di Como], Milano, 1964, pag. 577 e segg.); LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, *passim*; BERTI, *La definitività negli atti amministrativi* (*Archivio Giur.*, CLXVIII, 1965, 80 e segg.); BACHELET, *I ricorsi amministrativi nel sistema della giustizia amministrativa* (*Rivista Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 245 e segg.).

SOMMARIO. — 1-2-3. I ricorsi amministrativi: loro origine e loro funzione attuale. – 4. Ricorsi ordinari e ricorsi straordinari. Partizione dei ricorsi ordinari. – 5. I ricorsi gerarchici impropri. – 6. Caratteri essenziali dei ricorsi amministrativi ordinari. Regola della rispondenza della pronuncia alla richiesta. Carattere rinnovatorio o eliminatorio dei diversi tipi di ricorso. Applicazioni. – 7. La legittimazione e l'interesse al ricorso. – 8. Il termine per ricorrere. – 9. La proposizione del ricorso e l'instaurazione del contraddittorio.

– 10. L'istruttoria, la presentazione di scritti difensivi, la sospensione dell'atto impugnato. – 11. Il silenzio-rigetto. – 12. La decisione. Possibilità di annullamento e di revocazione di essa. – 13. Rapporti tra ricorsi amministrativi ordinari, tra essi e il ricorso straordinario, tra essi e i rimedi giurisdizionali. – 14. Considerazioni finali.

1. Il sistema della giustizia amministrativa vigente in Italia si basa su una serie di mezzi giuridici di varia indole. Taluni di essi appartengono all'ordine amministrativo, altri a quello giurisdizionale. I primi sono i ricorsi amministrativi.

Con tale nome si indicano quei reclami che i soggetti interessati possono presentare a una autorità amministrativa perchè questa risolva, *ex auctoritate sua*, una controversia insorta nell'ambito dell'ordinamento amministrativo.

Le controversie alla cui decisione sono rivolti i ricorsi amministrativi sono di due tipi. Nel primo (che è quello paradigmatico, e perciò è quello al quale suole limitarsi l'attenzione della dottrina) rientrano le controversie insorte tra l'autore del reclamo e una Amministrazione (di volta in volta, la stessa Amministrazione cui appartiene l'autorità che dovrà decidere sul ricorso, oppure un'Amministrazione diversa) in conseguenza della emanazione, da parte di quella Amministrazione, di un atto (generalmente autoritativo) che l'autore del reclamo considera lesivo di suoi interessi: i relativi ricorsi hanno carattere impugnatorio. Nel secondo tipo (assai meno frequente) rientrano le controversie insorte (generalmente in materia di diritti) tra due o più soggetti (di volta in volta tutti privati o tutti pubblici o in parte privati e in parte pubblici) operanti nell'ambito di un unico ordinamento settoriale o contendenti in un campo che tocchi in qualche modo (in via diretta o anche soltanto indiretta) interessi della Pubblica amministrazione: i relativi ricorsi non consistono nell'impugnativa di un atto amministrativo, vengono generalmente decisi da un'autorità che si trova in posizione di terzietà, e in caso di accoglimento possono, di volta in volta, sfociare o in una pronuncia dichiarativa o in una pronuncia costitutiva.

Tra i ricorsi non aventi carattere impugnatorio — che non hanno mai fatto oggetto di uno studio

unitario e generalmente non vengono presi in considerazione nel quadro sistematico dei ricorsi amministrativi — si possono ricordare, a mo' d'esempio, quelli riguardanti: buona parte delle controversie che l'art. 19 D. P. 23-V-1964, n. 655 e le disposizioni in esso richiamate deferiscono alle Commissioni regionali e alla Commissione centrale di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica [e segnatamente le controversie — contemplate dalla lett. *b*) del citato articolo — tra soci di cooperative edilizie, o tra soci e cooperative, riguardanti la prenotazione e l'assegnazione di alloggi costruiti in base alla legislazione sull'edilizia popolare ed economica, nonchè gli abusi e le irregolarità commessi nell'ambito della cooperativa in relazione a tali alloggi]; le controversie, deferite ai Consigli comunali e provinciali, in materia di decadenza dei rispettivi componenti, contemplate dall'articolo 9 *bis*, 1° comma, T. U. 16-V-1960, n. 570, modificato con L. 23-XII-1966, n. 1147 (per un esempio analogo vedi *infra*, n. 7); le controversie, regolate dall'art. 289 T. U. 14-IX-1931, n. 1175, sulla finanza locale, modificato con L. 2-VII-1952, n. 703, circa la soggezione dei contribuenti, in relazione a un certo tributo, all'uno o all'altro Comune (tali controversie, che sono, a seconda dei casi, di competenza della Giunta provinciale amministrativa — Sezione speciale per i tributi locali — o del Ministro per le finanze, sono in effetti volte a risolvere un conflitto in materia di diritti tra gli enti territoriali che si contendono il tributo) (1); le « controversie fra Province, Comuni, istituti mutualistici ed assicurativi di diritto pubblico, consorzi provinciali antitubercolari e istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza per il rimborso di spese di spedalità, di soccorso e di assistenza rese obbligatorie da particolari disposizioni di leggi o di statuti, comprese quelle relative agli inabili al lavoro a norma del R. D. 19-X-1889, n. 6535 », che

(1) La giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato è nel senso che si tratti di controversie in materia di interessi legittimi. Ma nel senso del testo vedi SANDULLI, *La decisione dei conflitti di potestà tributaria tra enti locali* (*Riv. It. Dir. Fin.*, 1952, II, 43 e segg.); ID., *Sui rapporti tra contenzioso di spettanza e contenzioso di accertamento dei tributi locali* (*Giust. Civ.*, 1955, II, 184 e segg.).

l'art. 80 della legge di beneficenza (così come risulta modificato in base all'art. 3 L. 26-IV-1954, n. 251) deferisce al prefetto, il quale le decide dietro parere di una apposita commissione; le controversie tra Comuni e Province circa la « competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie ai termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica » (art. 29, n. 5, T. U. Consiglio Stato), che l'art. 356 T. U. leggi sanitarie 27-VII-1934, n. 216, deferisce ugualmente al prefetto su parere della Giunta provinciale amministrativa; le controversie riguardanti contestazioni di confini di Comuni e Province, che l'articolo 267 T. U. Com. e Prov. 3-III-1934, n. 383, vuole risolte con un decreto presidenziale su parere del Consiglio di Stato; buona parte delle controversie tra gli agenti della riscossione e gli enti alla riscossione delle cui entrate essi provvedono, che l'art. 154 T. U. 15-V-1963, n. 858, sulla riscossione delle imposte, demanda in primo grado all'Intendente di finanza e in secondo al Ministro per le finanze.

Se quelli cui i ricorsi amministrativi danno luogo sono per lo più procedimenti di secondo grado (avendo ad oggetto — a fini di riesame o di revisione — atti amministrativi anteriori), i ricorsi della seconda delle due specie descritte dimostrano che questa non è perciò una regola assoluta.

Anche quando l'autorità competente a deciderli disponga, in materia, altresì del potere di provvedere d'ufficio, i ricorsi amministrativi vanno tenuti distinti dalle mere denunce, in quanto, diversamente da ciò che accade per queste, la legge riconosce a chi li propone un interesse giuridicamente protetto a che l'autorità adita pronunci — come è suo obbligo (onde l'omessa pronuncia rappresenta violazione di un dovere d'ufficio) (1) — su di essi. Ciò inerisce al fatto

(1) *Contra*: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ediz., Padova, 1954, pag. 119, secondo il quale l'art. 5 T. U. Com. e Prov. offrirebbe all'autorità amministrativa la scelta tra una pronuncia espressa e il silenzio (-rigetto). Tale tesi viene però a ridurre ai minimi termini la funzione giustiziale del ricorso amministrativo, e a fare scomparire, nel caso di mancata pronuncia sui motivi di merito, persino quel minimo di ausilio che il singolo potrebbe trarre dalla possibilità di una denuncia penale *ex* art. 328 C. Pen.

che si tratta di mezzi di giustizia (o, come anche suol dirsi, giustiziali), vale a dire di strumenti ordinati a risolvere delle controversie in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto (nè vale ad alterare tale loro connotazione la circostanza che, dati i metodi ostruzionistici con cui le autorità adite — particolarmente quando non si trovino in posizione di terzietà, e non siano perciò disinteressate, rispetto all'oggetto della decisione — sono solite comportarsi nella vicenda, si tratti di una giustizia che generalmente dà cattiva prova: n. 14).

Essi vanno poi tenuti distinti da quei procedimenti amministrativi sfocianti in atti di amministrazione attiva in cui si inserisce, in vista dell'emanazione di questi ultimi, una fase contenziosa (da quei procedimenti di amministrazione attiva, cioè, nei quali, in vista della emanazione di un provvedimento, sia ammesso il contraddittorio degli interessati: di tali procedimenti gli esempi più recenti e più progrediti vengono forniti dalla L. 21-IV-1962, n. 161, sulla revisione dei film e dei lavori teatrali, la quale contempla nella fase preparatoria del provvedimento una procedura contenziosa in duplice grado). Mentre nei procedimenti or ora ricordati i conflitti di interessi vengono infatti risolti in una fase anteriore all'emanazione dell'atto amministrativo, e in funzione garantistica, sì, ma non giustiziale, nei ricorsi amministrativi (i quali possono riguardare, eventualmente, anche casi in cui vi sia stata una fase contenziosa preparatoria) essi vengono risolti quando un atto amministrativo è stato già emanato, e in funzione della caducazione o della modifica di esso a fini giustiziali.

2. La figura del ricorso amministrativo è tramandata dallo Stato assoluto. In questo infatti i sudditi non potevano ottenere altrimenti giustizia nei confronti dei pubblici poteri se non dalla grazia del principe o sulla base delle disposizioni da lui impartite ai funzionari operanti in nome e per conto di lui.

Una volta introdotta poi, nel nostro paese, con l'affermarsi dello Stato di diritto, le garanzie giurisdizionali — culminate dapprima nella legge del 1865 che deferì ai Tribunali ordinari le controversie tra Amministrazione e particolari in materia di diritti

soggettivi e poi nella legge del 1889 che istituì una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato per le controversie in materia di interessi legittimi, e portate da ultimo alla massima espansione dagli art. 24 e 113 della vigente Costituzione —, gli strumenti amministrativi in discorso vennero nondimeno conservati (e altri ne vennero aggiunti), ma con un ruolo (non più principale, bensì ausiliario e) ridotto. Il quale, nella nuova realtà, si è rivelato, per la parte prevalente, e specialmente per ciò che riguarda i vizi di legittimità dell'azione amministrativa, più di intralcio che di sollievo per la protezione giuridica dei cittadini.

La funzione delle procedure instaurate mediante i ricorsi amministrativi è ormai prevalentemente quella di cercare in seno all'ordine amministrativo una soluzione alle controversie insorte nell'ambito di esso e involgenti (per lo più direttamente, ma talvolta anche solo indirettamente) interessi della Pubblica amministrazione, prima che le controversie stesse siano portate a trasferirsi, nell'aspirazione al giusto epilogo, nell'ordinamento generale. Il loro obiettivo istituzionale è, dunque, sicuramente un obiettivo di giustizia: quello della eliminazione dei torti (e perciò delle lesioni di interessi) eventualmente subiti o temuti dagli interessati che le promuovono. E ciò accosta palesemente le procedure stesse a quelle giurisdizionali. Tra le une e le altre esiste però un netto tratto di differenziazione, rappresentato dal fatto che, mentre il protagonista di queste ultime è un giudice — organo assolutamente estraneo alle parti in causa e neutrale rispetto agli interessi in contesa —, e le relative procedure si svolgono e si risolvono nel quadro dell'ordinamento generale, e perciò in funzione degli interessi obiettivi (e superiori) della comunità generale (Stato-comunità), le procedure di cui ci occupiamo hanno invece per protagonista un'autorità amministrativa — organo, perciò appunto, non assolutamente estraneo e neutrale (persino in quei casi, che pure non sono rari, in cui si trovi in posizione di terzietà) —, e si svolgono in seno a un ordinamento particolare (di volta in volta l'ordinamento della Pubblica amministrazione intesa unitariamente, oppure l'ordinamento di questa o di quella Amministrazione di settore), e

in funzione di un interesse (sia pure « giustiziale »), proprio (e specifico) di quell'ordinamento. Interesse, il quale, nella più gran parte dei casi, e comunque in tutti quelli in cui si dibatte di questioni di legittimità, è volto a che le controversie insorgenti nel seno di un ordinamento amministrativo vengano risolte (attraverso l'applicazione, è vero, anche e prima di tutto, delle regole dell'ordinamento generale e in vista di una obiettiva ponderazione delle ragioni e degli interessi dei singoli), nell'ambito del ricordato ordinamento particolare (si realizza, in tal modo, una forma di autodichìa, e un fenomeno analogo a quello cui dà luogo la possibilità che, attraverso l'istituto dell'oblazione — il cui impiego produce la risoluzione della fattispecie penale —, le questioni riguardanti le contravvenzioni a leggi amministrative trovino appropriata soluzione in seno all'ordinamento della Pubblica amministrazione senza dover essere portate davanti a un giudice).

Le procedure instaurate mediante i ricorsi amministrativi, pur avendo carattere contenzioso — in quanto traggono necessariamente origine da una istanza privata e si svolgono in contraddittorio delle parti interessate —, hanno perciò natura amministrativa e non giurisdizionale. Tale natura comporta poi che gli atti della procedura abbiano forza e valore di atti amministrativi (e non di atti giurisdizionali). Con conseguente possibilità che essi vengano caducati e corretti (oltre che in sede giurisdizionale, anche) nelle sedi amministrative qualificate (v. n. 12).

Il carattere giustiziale vale poi a differenziare le procedure in esame da quelle procedure di autotutela, in virtù delle quali la Pubblica amministrazione può (d'ufficio o su semplice denuncia) eliminare o correggere, per ragioni di interesse pubblico inerenti alla funzione amministrativa — e valutate anteriormente e discrezionalmente dall'autorità competente —, gli atti illegittimi o inopportuni venuti in essere nell'ambito della sua sfera d'azione (v. *Annullamento degli atti amministrativi*). Anche le procedure su ricorso sono manifestazioni dell'autotutela amministrativa; ma, mentre le forme di autotutela cui da ultimo si accennava ineriscono alla funzione di amministrazione at-

tiva, le procedure su ricorso sono forme di autotutela inerenti all'amministrazione giustiziale: forme volte a realizzare (come è stato felicemente detto da altri) « una massima garanzia di imparzialità, compatibilmente coi caratteri della funzione amministrativa » (1).

3. Come già si è accennato, in base all'ordine costituzionale vigente non è ammissibile che in alcun caso a un soggetto venga negata la possibilità di far affermare in sede giurisdizionale i diritti e gli interessi legittimi riconosciutigli dall'ordinamento (art. 24 e 113 Cost.). Ciò comporta che, a parte l'eccezione del ricorso straordinario — che, nelle materie di competenza dei giudici amministrativi, l'ordinamento configura come rimedio alternativo rispetto a quelli giurisdizionali (eccezione giustificata da ragioni storiche e dogmatiche per le quali si fa rinvio alla voce del presente *Digesto* dedicata a tale istituto) —, i ricorsi amministrativi rappresentano nell'ordinamento attuale dei rimedi aggiuntivi e ausiliari (e generalmente, quando involgano questioni di legittimità, preventivi) rispetto a quelli giurisdizionali. In effetti, in quelle materie in cui l'ordinamento prevede dei ricorsi amministrativi (non straordinari), le relative procedure assolvono alla funzione di porre l'Amministrazione in condizione di pronunciare, in contraddittorio con gli interessati, una sua parola giustiziale definitiva: parola la quale è, nella più parte dei casi (ma, come si è visto, non sempre), una manifestazione ulteriore, e di grado più elevato, rispetto ad altre precedenti espressioni, della funzione amministrativa.

Attraverso questa via di giustizia « autonoma » (autodichìa), l'ordinamento si propone (anche se, per distorta applicazione da parte della prassi, il proposito non può considerarsi felicemente realizzato), da un lato (ma il fenomeno riguarda i soli ricorsi di tipo impugnatorio, e quasi esclusivamente i profili di legittimità) di consentire all'Amministrazione di correggere, da sè, nel proprio seno, quando ne venga richiesta dagli interessati, gli errori in cui un'autorità amministrativa sia potuta incorrere nelle questioni su-

(1) BERTI, *La definitività negli atti amministrativi* (*Arch. Giur.*, CLXVIII, 1965, 137, nota 45).

scettibili di sfociare in un giudizio; dall'altro (e qui il fenomeno riguarda anche i ricorsi di tipo non impugnatorio), di continuare a offrire ai soggetti legittimati la possibilità (storicamente preesistente) di una soluzione non giurisdizionale (e perciò meno dispendiosa) delle controversie amministrative in cui siano implicati dei loro interessi e di far valere in tale sede gli interessi stessi.

A tali obiettivi se ne aggiunge però un altro (riguardante anch'esso i soli ricorsi di tipo impugnatorio), il quale consiste nella possibilità, offerta per tale via agli interessati, di far valere ragioni attinenti al merito dell'azione amministrativa, che altrimenti rimarrebbero sfornite di qualsiasi tutela, e la cui tutela si esaurisce così nella sede amministrativa. Ciò accade in tutti quei casi in cui in sede di ricorso amministrativo sono ammesse ragioni attinenti al merito dell'azione amministrativa non consentite in sede giurisdizionale: casi numerosi, dato che, in base a una regola, indiscussa, propria del ricorso gerarchico — ma che si ritiene di norma valida anche per gli altri ricorsi amministrativi ordinari —, nei ricorsi amministrativi è ammessa (pur non mancando talune rare eccezioni: vedi, per es., art. 3, lett. *e*), D. Lg. 22-III-1945, n. 173) la denuncia dei vizi di merito dell'azione amministrativa (1), non consentita invece, se non eccezionalmente, in sede giurisdizionale.

Generalmente, tutte le volte che sia data la possibilità di ricorsi amministrativi diversi da quello straordinario, non è consentito agli interessati di adire la giurisdizione amministrativa (tanto per questioni di interessi, come per questioni di diritti), se non in quanto quella possibilità sia stata utilizzata: in linea di principio la giurisdizione amministrativa non può essere investita infatti se non nei confronti di provvedimenti amministrativi « definitivi » (art. 34 T. U. Consiglio Stato); e, quando sia data la possibilità di ricorsi amministrativi « ordinari », la « definitività » non si realizza se non con l'esaurimento di tale possibilità (e cioè dopo aver percorso tutti i gradi in cui tale

(1) Vedi, per es., da ultimo, C. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1967, n. 98.

forma giustiziale si concreta). La regola opposta vale invece per l'azione davanti ai tribunali ordinari: salvo il caso di disposizioni in senso diverso, tale azione — volta generalmente alla difesa dei diritti soggettivi — non è condizionata infatti al previo esaurimento dei ricorsi amministrativi eventualmente concessi a difesa del medesimo diritto. L'origine di questa disparità è di ordine storico, e risiede nel fatto che i rimedi amministrativi ordinari, i quali (unitamente ai ricorsi straordinari) erano l'unica difesa accordata ai particolari nei confronti degli atti amministrativi lesivi di interessi legittimi nel periodo in cui questi non godevano di una protezione giurisdizionale (1865-89), furono conservati come condizione dell'azione giurisdizionale dalla legge del 1889 che introdusse quest'ultima, la quale fu poi estesa, nel 1923, anche a talune questioni relative a veri e propri diritti.

La giurisprudenza costituzionale ha poi escluso che quella legislazione, la quale eleva l'esaurimento dei mezzi amministrativi a condizione per l'accesso ai mezzi giurisdizionali, sia da considerare incompatibile coi precetti costituzionali volti ad escludere la possibilità che diritti e interessi legittimi vantati nei confronti della Pubblica amministrazione siano mai sottratti alla protezione giurisdizionale (art. 24 e 113 Cost.) (1).

4. Già si è venuto accennando alla *summa divisio* dei ricorsi amministrativi, in due categorie: quella dei ricorsi ordinari e quella dei ricorsi straordinari.

I primi sono caratterizzati dall'esser condizione, quando siano previsti, perchè si formi, nella rispettiva materia, il provvedimento « definitivo », e cioè perchè si compia, in contraddittorio degli interessati (e perciò facendo il debito conto delle loro ragioni), la pro-

---

(1) C. costit., 27 luglio 1962, n. 87; Id., 22 giugno 1963, n. 107. Dubbi in senso opposto sono stati sollevati da ESPOSITO, *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi* (*Giur. Costit.*, 1963, 839 e segg.), e da IACCARINO, *Assorbimento del ricorso gerarchico nel ricorso giurisdizionale* (*Atti del IX Conv. di studi di sc. dell'amministrazione*, Milano, 1964, pag. 580 e segg.). Ma vedi BERTI, *La definitività negli atti amministrativi* cit., pag. 119 e segg.; BACHELET, *I ricorsi amministrativi nel sistema della giustizia amministrativa* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 277 e segg.) (con altre indicazioni).

cedura destinata a sfociare nella pronuncia della parola ultima e decisiva da parte dell'autorità amministrativa a tal fine qualificata nell'ambito del rispettivo settore.

I ricorsi straordinari, nettamente eterogenei rispetto ai primi, presuppongono invece esaurita la funzione amministrativa (in senso proprio, od) ordinaria (tanto attiva, come giustiziale), e sono caratterizzati dall'operare ai di fuori e al di sopra di questa. Le relative procedure (le quali erano all'origine procedure *extra ordinem*, facenti capo alla grazia sovrana) si svolgono infatti *ab extra* nei confronti di provvedimenti amministrativi già « definitivi », e con la partecipazione consultiva di un organo neutro appartenente allo Stato-comunità e non allo Stato-Amministrazione (il Consiglio di Stato) (1), dal cui avviso non è consentito, all'autorità decidente, discostarsi se non trasferendo la procedura (attraverso una delibera del Consiglio dei Ministri) nella sfera dell'« alta amministrazione » (2).

Si tratta di procedure le quali si svolgono non nel quadro dell'Amministrazione preposta al settore — e perciò dell'Amministrazione operante —, bensì in una ben diversa prospettiva: quella dell'Amministrazione intesa nel suo senso più lato, come ordinamento unitario — comprensivo di tutti gli ordinamenti amministrativi particolari —, distaccato, in quanto tale, dagli interessi (tanto operativi, come giustiziali) di settore. E ciò, mentre non autorizza a negare il carattere amministrativo dei ricorsi, delle procedure e dei provvedimenti in cui esse sfociano, consente tuttavia di spiegare (ma non di giustificare) se più d'una volta sia stato proposto, al riguardo, un accostamento o addirittura una assimilazione alla funzione giurisdizionale.

Quanto precede dà ragione del fatto che in questa sede ci si occupi dei soli ricorsi amministrativi ordinari (al ricorso straordinario è dedicata altra voce della presente raccolta).

---

(1) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 9ª ediz., Napoli, 1966, pag. 5.

(2) Sul concetto di alta amministrazione vedi, anche per altre indicazioni, SANDULLI, *Governo e amministrazione* (*Rivista Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 749 e segg.).

I ricorsi amministrativi ordinari si possono ripartire in due categorie, già delineate al n. 1: quella dei ricorsi a carattere impugnatorio e quella dei ricorsi a carattere non impugnatorio. I ricorsi della prima categoria sono di tre tipi diversi, a seconda che si dirigano alla stessa autorità che pose in essere l'atto contro il quale viene proposto il reclamo, oppure a un'altra autorità; e, in quest'ultima ipotesi, a seconda che l'autorità adita sia il superiore gerarchico di quella che pose in essere l'atto contro cui viene proposto il reclamo, oppure sia un'autorità al di fuori dell'ordine gerarchico, e perciò posta — nonostante la sua appartenenza alla Pubblica amministrazione — in una certa posizione di terzietà. I ricorsi a carattere non impugnatorio, appunto per tale loro peculiarità, si dirigono sempre a un'autorità in posizione di terzietà.

Dei ricorsi amministrativi ordinari soltanto quello al *superiore gerarchico* (v.) è previsto da una regola che gli conferisce il carattere di rimedio di ordine generale. Nel nostro ordinamento vige infatti il principio per cui, tutte le volte che più organi amministrativi sono ordinati secondo un rapporto di gerarchia (e questa è la regola per le autorità periferiche dell'Amministrazione statale, che, salvo eccezioni, si trovano in posizione di soggezione rispetto al Ministro preposto al rispettivo dicastero) (1), i provvedimenti dell'organo inferiore non hanno carattere definitivo, e sono suscettibili di reclamo al superiore gerarchico. La regola risale al diritto dello Stato sabaudo, e, trasferita nel diritto dello Stato italiano attraverso la legislazione del 1865 (vedi l'art. 3 legge abol. contenz. amm., l'art. 251 legge com. e prov., l'art. 379 legge lav. pubbl.), risulta espressa, nella legislazione vigente, oltre che nell'art. 379 legge lav. pubbl. del 1865, tra

(1) Sulla posizione di supremazia gerarchica del Ministro rispetto agli altri organi del dicastero dotati di competenza esterna (la quale risale allo Stato sabaudo: vedi, per es., l'art. 3 L. 23 ottobre 1859, n. 3702, sull'ordinamento comunale e provinciale; vedi poi l'art. 3 dell'all. *A*, l'art. 1 dell'all. *B* e l'art. 1 dell'all. *C* della L. 20 marzo 1865, n. 2248), si consulti, per tutti, ampiamente, CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, s. d., pag. 530 e seguenti. Per altre indicazioni vedi SANDULLI, *Governo e amministrazione* cit., pag. 745, nota 18.

l'altro, nell'art. 5 T. U. com. e prov. del 1934, nell'art. 6 T. U. leggi di pubbl. sic. del 1931, nell'art. 357 T. U. leggi san. del 1934, nell'art. 42 R. D. 30-XII-1923, n. 2841 (a proposito della materia delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza).

Il ricorso alla medesima autorità, che pose in essere l'atto di cui ci si duole — ricorso cui si suol dare il nome di *opposizione* (v.) —, e il ricorso a un'autorità amministrativa diversa da quella che pose in essere l'atto impugnato, e non avente, rispetto a questa, veste di superiore gerarchico, — ricorso cui si suol dare il nome di ricorso gerarchico improprio —, hanno invece carattere eccezionale. Perciò essi sono atipici e non sono ammessi se non nei casi in cui una norma a ciò idonea ne contenga espressa o implicita previsione, in deroga alla regola del ricorso gerarchico, o in deroga alla regola della definitività degli atti posti in essere da autorità che — per essere organi di vertice, o per essere forniti, in materia, come accade generalmente per gli organi collegiali, di competenza riservata — non abbiano un superiore gerarchico.

Del pari sono eccezionali ed atipici i ricorsi a carattere non impugnatorio, i quali hanno in comune coi ricorsi gerarchici impropri l'essere indirizzati a un organo in posizione di terzietà (1).

5. Mentre per i ricorsi in opposizione si fa rinvio all'apposita voce del presente *Digesto*, e per i ricorsi di tipo non impugnatorio si fa richiamo ai casi menzionati sopra, al n. 1, in questa sede converrà far cenno di alcuni dei più importanti ricorsi atipici ascrivibili ai ricorsi gerarchici impropri (2).

Conviene ricordare:

a) i ricorsi alla commissione elettorale mandamentale contro i provvedimenti dell'apposita commissione comunale relativi alla compilazione delle liste elettorali (art. 17 e segg. L. 7-X-1947, n. 1058, modificato con L. 22-I-1966, n. 1);

---

(1) Generalmente, anzi, la dottrina non li distingue dai ricorsi gerarchici impropri. Vedi, per es., BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio* (*Rass. Dir. Pubbl.*, 1957, 2 e segg.).

(2) Per altri esempi, vedi RAGNISCO e ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, 2ª ediz., Roma, 1954, pag. 247 e segg.

b) i ricorsi al Ministro per la difesa contro i provvedimenti degli organi collegiali periferici cui è demandata la compilazione delle liste di leva militare (art. 30 D. P. 14-II-1964, n. 237);

c) buona parte dei ricorsi agli organi del contenzioso amministrativo tributario, e quanto meno quelli dei quali non viene contestata in giurisprudenza la natura amministrativa (in proposito vedi *infra*, n. 12) quando non abbiano natura di ricorsi gerarchici;

d) una parte dei ricorsi alle commissioni regionali e alla Commissione centrale di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica e segnatamente quelli avverso i provvedimenti delle apposite commissioni provinciali o di altre pubbliche amministrazioni, riguardanti le assegnazioni e le declaratorie di decadenza di alloggi popolari ed economici costruiti a totale carico dello Stato, o col suo concorso e contributo [art. 19, lett. *a*), D. P. 23-V-1964, n. 655];

e) i ricorsi alla speciale commissione esistente presso i Provveditorati agli studi, contro i provvedimenti di licenziamento per scarso rendimento disposti dai capi d'istituto nei confronti degli insegnanti incaricati di istituti secondari [art. 5, lett. *a*), L. 19-III-1955, n. 160, modificato dall'art. 2 L. 30-III-1961, n. 304] (nei ricorsi alla medesima commissione avverso i provvedimenti in materia di incarichi di insegnamento adottati dal Provveditore agli studi dietro deliberazione vincolante della medesima commissione vanno individuate, invece, piuttosto delle opposizioni atipiche);

f) i ricorsi al Governo (da decidere sentito il Consiglio superiore delle antichità e belle arti e il Consiglio di Stato) contro i provvedimenti del Ministro della pubblica istruzione con cui vengono imposti vincoli paesistici (art. 4 e 6 L. 29-VI-1939, n. 1497 e art. 13 Regol. appr. con R. D. 3-VI-1940, n. 1357);

g) i ricorsi alla Giunta provinciale amministrativa avverso i provvedimenti del Sindaco in materia di licenze di commercio fisso (art. 3 D-L 16-XII-1926, n. 2174), e gli analoghi ricorsi al Prefetto (che provvede sentita la Camera di commercio) avverso i provvedimenti del Sindaco in materia di licenze di commercio ambulante (art. 15 L. 5-II-1934, n. 327);

h) i ricorsi alla Giunta provinciale amministrativa avverso i provvedimenti comunali e provinciali in materia di sovrimposte fondiarie, nonchè i ricorsi al Ministro dell'interno avverso i provvedimenti adottati dalla Giunta nella stessa materia e nell'esercizio del controllo di merito sulle deliberazioni comunali e provinciali, riguardanti nuove e maggiori spese facoltative, adottate nel corso dell'esercizio finanziario (art. 306 e 316 T. U. Com. e Prov.);

i) i ricorsi dei Comuni e delle Province al Ministro dell'interno avverso i provvedimenti della Giunta provinciale amministrativa con i quali venga rifiutata l'approvazione delle loro deliberazioni (art. 343 T. U. Com. e Prov.);

l) i ricorsi degli impiegati civili dello Stato al Consiglio di amministrazione del rispettivo Ministero avverso i provvedimenti ministeriali in materia di trasferimenti (art. 32 T. U. 10-I-1957, n. 3);

m) i ricorsi al Ministro per l'agricoltura e le foreste avverso le deliberazioni degli organi amministrativi dei Consorzi di bonifica (art. 10 L. 23-VI-1962, n. 947);

n) i ricorsi al Ministro per i lavori pubblici o a quello per l'interno avverso i provvedimenti degli enti pubblici in materia di revisione dei prezzi degli appalti di opere pubbliche (D. Lg. 6-XII-1947, n. 1501, modificato con L. 9-V-1950, n. 329 e con altre leggi successive).

Si tratta di procedure notevolmente differenti le une dalle altre, e per le quali esistono regole diverse (per es., in quelle davanti alle commissioni tributarie i contribuenti possono chiedere di essere uditi di persona). La stessa posizione di terzietà dell'autorità decidente è notevolmente varia, essendo assai labile in talune ipotesi [per es., in quelle di cui alle lett. *e*) ed *l*)] e quasi piena di altre [per es., in quella di cui alla lett. *d*) e in buona parte di quelle di cui alla lett. *c*)], mentre in talune ipotesi l'autorità decidente si trova quasi nella posizione di superiore gerarchico [si pensi all'ipotesi di cui alla lett. *b*)].

Una analoga varietà di regolamentazione — riguardante specialmente l'audizione di corpi consultivi e il contraddittorio — esiste per i ricorsi a carattere

non impugnatorio, i quali per questo stesso loro carattere sono assai meno affini ai ricorsi gerarchici, distinguendosene, per definizione, particolarmente perchè la loro essenza non impugnatoria comporta, da un lato, la mancanza di un termine per la loro proposizione collegato al venire in essere di un atto amministrativo, e, dall'altro, la mancanza, in generale, di un loro sbocco, in caso di accoglimento, nella eliminazione di un precedente atto amministrativo. Essi si distinguono inoltre perchè, salvo qualche attenuazione (la più evidente riguarda le controversie in materia di decadenza dei componenti dei Consigli comunali e provinciali, la decisione delle quali è rimessa agli stessi Consigli di cui i primi fanno parte), la posizione di terzietà dell'organo chiamato a deciderli può considerarsi una loro costante, rafforzata dal fatto che, quando la decisione del ricorso è rimessa a un organo individuale, deve essere solitamente preceduta dall'avviso di un organo collegiale.

6. Passiamo ora ad occuparci degli aspetti e delle regole fondamentali dei ricorsi amministrativi ordinari. Buona parte di queste ultime sono di formulazione legislativa (art. 5 T. U. Com. e Prov.), altre di formulazione giurisprudenziale; ma anche le prime sono, per lo più, di origine giurisprudenziale. Esse riguardano essenzialmente il ricorso gerarchico. Ma la giurisprudenza ha sempre ritenuto estensibili, di massima, agli altri ricorsi amministrativi ordinari le regole del ricorso gerarchico (1).

Uno dei caratteri essenziali dei ricorsi amministrativi ordinari è rappresentato dal fatto che in essi va rigorosamente applicata la regola della rispondenza della pronuncia alla domanda. Essendo i ricorsi amministrativi dei mezzi giustiziali, basati sulla istanza di parte, la decisione di essi non può andare *ultra petita* e deve attenersi rigorosamente, così per ciò che riguarda il *petitum*, come per ciò che riguarda la *causa petendi* (i motivi del decidere), alle istanze delle

(1) Vedi, per tutte, le decisioni C. Stato, Sez. V, 23 febbraio 1952, n. 268; Id., 24 marzo 1956, n. 206; Id., Sez. VI, 3 dicembre 1958, n. 886; Id., 30 marzo 1960, n. 166; Id., Sez. V, 14 gennaio 1961, n. 1.

parti (1). La giurisprudenza è, per secolare tradizione, consolidata in tali sensi (2). Ed è stato sempre escluso che, nel decidere un ricorso amministrativo, l'autorità adita possa far uso, pur quando ne disponga, dei propri poteri di annullamento o di riforma d'ufficio (i quali, come è noto, sono condizionati da altri elementi, ed, essenzialmente, dalla sussistenza di ragioni di interesse pubblico e da valutazioni discrezionali), o comunque dei diversi loro poteri di amministrazione attiva.

A parte quanto si è detto al numero precedente circa la posizione nettamente differenziata dei ricorsi di tipo non impugnatorio, va sottolineato, nel quadro dei ricorsi impugnatori, che tra ricorso gerarchico e ricorso in opposizione esistono affinità maggiori che tra il primo e il cosiddetto ricorso gerarchico improprio. Ciò dipende dal fatto che nei primi due l'organo che decide sul reclamo o è quello stesso che ebbe ad adottare l'atto impugnato, o, essendone superiore gerarchico, è in grado di disporre, in materia, dei poteri di spettanza del primo. La materia è tuttora ricca di incertezze. Ma a quanto precede sembra potersi ricollegare con sufficiente fondamento la configurazione del ricorso gerarchico e del ricorso in opposizione come rimedi di tipo quasi-rinnovatorio (3), mentre gli altri ricorsi amministrativi atipici sembrano (almeno in buona parte) da assimilare ai rimedi di tipo meramente eliminatorio (avvicinandosi in tal modo ai ricorsi straordinari) (4).

---

(1) In senso contrario vedi, in dottrina, GUICCIARDI, *I motivi di ricorso nei rapporti tra ricorso gerarchico e ricorso contenzioso* (*Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1935, I, 122 e segg.); GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pag. 164. Ma la generalità della dottrina è nel senso della giurisprudenza.

(2) Tra le pronunce più recenti, vedi C. Stato, Sez. V, 12 ottobre 1966, n. 1163; Id., 11 novembre 1966, n. 1389. Ma per una certa (non chiarita) attenuazione vedi Sez. V, 31 gennaio 1967, n. 34.

(3) In tali impliciti sensi si colgono certi orientamenti nella giurisprudenza. Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 17 ottobre 1952, n. 1161; Id., 5 marzo 1955, n. 362; Id., 12 dicembre 1959, n. 1019; Id., Sez. V, 10 marzo 1962, n. 239; Id., Sez. VI, 3 aprile 1963, n. 173; Id., 14 giugno 1963, n. 417.

(4) NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi* (*Foro It.*, 1963,

A ciò inerisce, in primo luogo, che, quando accolga l'opposizione o il ricorso gerarchico, l'organo adito, oltre ad annullare (*in toto* o *in parte qua*) l'atto impugnato (di volta in volta, per ragioni di legittimità o di merito), essendo *dominus* della materia, può anche (ma soltanto nei limiti del *thema decidendum*, e perciò dell'impugnativa) (1) sostituirlo o modificarlo in conseguenza (ciò, a parte i suoi poteri di intervento *ex officio*, esercitabili solo a condizione dell'esistenza di altri presupposti) (2). Inoltre è da ritenere che, nei riferiti casi, quando respinga il reclamo giudicandolo infondato, la decisione — pur non « assorbendo » e non « facendo proprio » l'atto « confermato » (occorre

---

IV, 55 e segg.), spiega che « i rimedi rinnovatori sono preordinati in definitiva ad un riesame — al di là dell'atto impugnato che è solo il limite ed il termine immediato di riferimento dell'attività dell'organo decidente — di ciò che è stato esaminato e deciso dall'autorità inferiore; mentre i rimedi eliminatori sono preordinati sempre e soltanto alla valutazione ed alla (eventuale) eliminazione (rescissione) del provvedimento dell'autorità inferiore », precisando ulteriormente che questi ultimi sono « puri attacchi all'atto dell'autorità inferiore », onde in essi « la funzione dell'autorità superiore non è quella di riesaminare l'affare amministrativo nella sua sostanza, ma di risolvere la controversia e cioè di accertare la fondatezza o no dell'attacco contenzioso e della richiesta di eliminazione dell'atto » (« l'accoglimento del ricorso si concreta nella rescissione dell'atto, il rigetto nel rifiuto di rescissione »).

L'adesione (non puntuale, come risulta dal testo) a questo ordine di concetti non importa accoglimento di tutte le applicazioni che il chiaro autore ne fa ai ricorsi amministrativi.

(1) Sulla impossibilità di allargare il *thema decidendum*, facendo uso, ad es., per confermare il provvedimento impugnato, di ragioni non poste a base di quest'ultimo, vedi, per es., Consiglio Stato, Sez. VI, 29 novembre 1966, n. 930; Id., 25 ottobre 1966, n. 792; Id., 14 giugno 1966, n. 573; Id., Sez. V, 5 aprile 1963, n. 184; Id., Sez. VI, 21 dicembre 1960, n. 1093.

(2) Nel senso del testo, vedi GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, pag. 119. Generalmente si suole ritenere invece che il potere di sostituire o modificare l'atto impugnato esista solo in caso di caducazione di questo per ragioni di merito (vedi, per es., RAGNISCO e ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, pag. 295 e segg.; GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1964, pag. 54). Tale limitazione — generalmente accolta dalla più recente giurisprudenza (vedi, per es., categoricamente, C. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1967, n. 30, con enunciazione estesa a ogni genere di ricorsi amministrativi ordinari, nonostante che nella specie si trattasse di un ricorso gerarchico improprio) — non ha però giustificazione (vedi infatti le decisioni citate alla nota 3 della pagina precedente).

non dimenticare che la decisione dei ricorsi amministrativi è sempre un provvedimento di giustizia, a oggetto limitato, in quanto legato ai motivi d'impugnativa) — « acceda » tuttavia ad esso, e, pur non « integrandosi » con esso (e, cioè, pur non facendone venir meno l'autonomia) « formi sistema » con esso (il perdurare dell'autonomia dell'atto di grado inferiore spiega se, rigettato il ricorso proposto per certi motivi, l'autore di quell'atto possa, a propria volta, annullarlo, d'ufficio, per altri motivi: cosa che non gli sarebbe consentita qualora il ricorso avesse la virtù di fare venir meno, in materia, ogni potere dell'organo contro il cui provvedimento sia stato proposto).

Diversamente accade nei cosiddetti ricorsi gerarchici impropri. Qui infatti, quando accolga il ricorso, l'organo che provvede, essendo generalmente al di fuori dell'amministrazione attiva della materia, e non disponendo perciò di poteri operativi al riguardo, non può (almeno di regola) far altro che rimuovere l'atto impugnato. A sua volta, non può assolutamente pensarsi che la decisione, che rigetti il ricorso, qui « acceda » all'atto impugnato: di essa non può predicarsi altro, se non il mancato accoglimento del reclamo.

Quanto si è detto comporta che, ove, a seguito della decisione amministrativa di rigetto, sia stato proposto ricorso giurisdizionale, mentre, quando oggetto di questo sia una decisione su opposizione o su ricorso gerarchico, l'esame del giudice potrà senz'altro estendersi (nei limiti dell'impugnativa) anche all'atto di grado inferiore, non altrettanto potrà farsi quando oggetto del giudizio sia la decisione di un cosiddetto ricorso gerarchico improprio (analogamente alla regola che si applica nel caso di impugnativa della decisione di un ricorso straordinario).

Altrettale discriminazione sembra doversi fare (ma la materia è tuttora estremamente malcerta e la giurisprudenza è orientata in senso opposto) a proposito dei giudizi promossi contro le decisioni reiettive di ricorsi amministrativi, fondate su ragioni di ordine processuale. È da ritenere infatti che, quando esse riguardino opposizioni o ricorsi gerarchici, il giudice, ove ritenga insussistenti le ragioni di reiezione addotte

in sede di decisione del ricorso amministrativo, ben possa, e anzi debba, ritenere il giudizio (1), e, lì dove sia possibile, giungere a una pronuncia di diritto sostanziale, fatta eccezione per i non frequenti casi in cui il ricorso amministrativo sia stato proposto per motivi di merito (nei quali altrimenti i soggetti particolari sarebbero privati della possibilità di conseguire, da parte dell'Amministrazione, quella soddisfazione dei propri interessi che l'ordinamento prevede). A parte questi ultimi casi, i ricorsi amministrativi (e in particolare quelli gerarchici e quelli in opposizione) non garantendo (nonostante il loro carattere giustiziale) maggiori risultati, e offrendo minori garanzie, rappresentano infatti, per i singoli, sostanzialmente un disagio e un intralcio sulla via della giustizia, e sono da considerare prescritti, in effetti, in funzione di un interesse dell'Amministrazione (n. 14). E in un siffatto sistema appare non illogico ritenere che, almeno in quei casi nei quali provvedimento di decisione e provvedimento impugnato facciano capo al medesimo centro di potere e non abbiano carattere di terzietà (e quindi non si sia in presenza di ricorsi gerarchici impropri), allorquando l'Amministrazione, pur errando, abbia ritenuto di chiudere la procedura relativa al reclamo, con la conseguenza che, per difendere le proprie ragioni, gli interessati siano stati ormai costretti a trasferire la controversia nell'ambito dell'ordinamento generale e davanti agli organi di questo, tale trasferimento vada considerato come definitivo, e non possa (sempre nei limiti dell'impugnativa) esser condizionato al fatto che, nello spogliarsi del caso, l'autorità amministrativa non sia incorsa in errori.

Il discorso fatto a proposito dei ricorsi gerarchici impropri vale, in buona parte, anche per i ricorsi di tipo non impugnatorio. Va ricordato peraltro che in questi ultimi le pronunce di accoglimento generalmente non colpiscono precedenti atti amministrativi (quelle di competenza delle commissioni di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica di cui si è detto

(1) La giurisprudenza è orientata in senso opposto. Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 2 aprile 1960, n. 242; Id., 18 ottobre 1963, n. 859; Id., 10 aprile 1964, n. 456; Id., 29 dicembre 1965, n. 1007.

al n. 1 possono però colpire atti — di diritto privato — posti in essere da cooperative edilizie). Di volta in volta esse possono avere o contenuto dichiarativo (per es., dichiarazione del soggetto su cui grava l'onere di certe spese di spedalità) o contenuto costitutivo (per es., pronuncia della decadenza di un consigliere comunale), ma, generalmente, non contenuto eliminatorio di atti amministrativi. Nei casi in cui non possono avere se non contenuto dichiarativo, il giudizio che si svolga davanti al giudice amministrativo dopo la loro emanazione e sul presupposto di esse, non ha poi, nella sostanza, carattere impugnatorio, e investe non tanto la decisione del ricorso amministrativo, quanto il rapporto pel regolamento del quale essa venne posta in essere (1).

7. Come si è detto, i ricorsi amministrativi sono mezzi giuridici, in relazione all'esame dei quali gli istanti vantano delle vere e proprie pretese. Ciò spiega perchè, di regola, non siano legittimati a presentarli se non soggetti qualificati dalla titolarità di posizioni soggettive fatte oggetto di protezione da parte dell'ordinamento, e i quali si affermino lesi in tali loro posizioni.

Il dubbio poi se non soltanto i titolari di interessi legittimi, ma anche i titolari di diritti possano proporre, in difesa delle rispettive posizioni soggettive, un ricorso amministrativo, non può, nel silenzio della legge, esser risolto, se non nel secondo senso (2). Difatti non sono pochi i casi di disposizioni legislative che prevedono ricorsi amministrativi in difesa di diritti soggettivi. Basti pensare alla generalità dei ricorsi di tipo non impugnatorio e ai ricorsi gerarchici impropri in materia di liste elettorali [n. 5, lett. *a*)].

In talune ipotesi eccezionali, la legittimazione al ricorso viene riconosciuta a certe categorie di soggetti indipendentemente dal fatto che gli appartenenti ad esse siano titolari di una qualche posizione sog-

(1) SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, pag. 144 e segg.

(2) Cfr. già ORLANDO, *La giustizia amministrativa* (*Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto dallo stesso, 1ª ediz., Milano, 1901, pag. 673). In giurisprudenza vedi, per es., Consiglio Stato, Sez. IV, 23 gennaio 1962, n. 74.

gettiva che li qualifichi in modo particolare rispetto alla specifica controversia di cui nel caso in questione si tratti: in tali ipotesi l'ordinamento conferisce al ricorso amministrativo una configurazione di azione popolare. Basterà ricordare, a titolo di esempio, il già menzionato art. 17 L. 7-X-1947, n. 1058, modificato con L. 22-I-1966, n. 1, il quale consente a tutti i cittadini di ricorrere alla commissione elettorale mandamentale contro i provvedimenti riguardanti la compilazione delle liste elettorali posti in essere dalla commissione comunale; il pure menzionato art. 9 *bis* T. U. 16-V-1960, n. 570, sulla composizione e l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali, introdotto con l'art. 5 L. 23-XII-1966, n. 1147, il quale consente a qualsiasi elettore di ricorrere al Consiglio comunale perchè sia dichiarata la decadenza dei componenti di questo per ragioni di impedimento, di incompatibilità o di incapacità; l'art. 15 R. D. 10-III-1904, n. 108, il quale consente a qualunque contribuente un ricorso (di tipo non impugnatorio) per far dichiarare la decadenza dei componenti delle commissioni amministratrici delle aziende municipali; l'art. 306 T. U. Com. e Prov. (anch'esso ricordato), il quale consente a qualunque contribuente un ricorso contro le deliberazioni comunali e provinciali relative all'applicazione delle imposte fondiarie (vedi anche l'art. 316 stesso T. U.).

In altri casi anomali l'ordinamento riconosce poi ad altri organi del medesimo ente la legittimazione a proporre ricorsi amministrativi avverso certi provvedimenti. Per es., il più volte ricordato art. 306 T. U. Com. e Prov. contempla un ricorso del Prefetto al Ministro per l'interno avverso talune deliberazioni della Giunta provinciale amministrativa in materia di autorizzazione di imposte comunali e provinciali (per un caso analogo vedi l'art. 16 D. Lg. 2-III-1945, n. 173); l'art. 4 L. 18-IV-1950, n. 199 (mai abrogato, ma non più attuale), prevede un ricorso dell'ispettore provinciale dell'agricoltura al Ministro per l'agricoltura avverso certi provvedimenti prefettizi in materia di concessione di terre incolte ai contadini. Si tratta di casi eccezionali concepiti in funzione della difesa, nell'ambito della stessa Amministrazione, di punti di vista di organi di diversa estrazione (organi burocra-

tici in contrapposizione a organi popolari o misti), oppure della difesa di interessi di settore.

In quei casi, nei quali la proponibilità del ricorso è condizionata dall'affermazione della lesione di una posizione soggettiva della quale l'istante sia in grado di dimostrarsi titolare, oltre alla legittimazione (derivantegli appunto dalla titolarità di tale posizione), l'istante deve avere altresì un interesse alla decisione favorevole: deve cioè essere in grado di trarre una qualche utilità (sia pure di ordine puramente morale) (1) dall'accoglimento del ricorso (il quale altrimenti sarebbe per lui *inutile*). In tali sensi dispone espressamente l'art. 5, 2° comma, T. U. Com. e Prov. (a proposito del ricorso gerarchico), enunciando una regola che è chiara conferma del carattere giustiziale della procedura.

Tanto la posizione soggettiva che legittima il ricorrente (diritto o interesse legittimo), quanto l'interesse al ricorso debbono essere poi *personali* (cioè *propri* di lui), ed *attuali* (cioè effettivamente presenti al momento della pronuncia sul ricorso). Ed attuale deve essere altresì (nei ricorsi di tipo impugnatorio) la lesione lamentata dal ricorrente. La quale deve, a sua volta, essere anche *diretta*, e cioè tale da ferire in modo immediato (e non solamente indiretto) la posizione soggettiva di cui trattasi.

La mancanza di una qualsiasi di tali condizioni renderebbe (fuori delle ipotesi di ricorso popolare) il ricorso inammissibile.

Ciò dà ragione, tra l'altro, dell'inammissibilità (per inutilità) dell'impugnativa degli atti preparatori e degli atti-presupposti, quando ad essi non si accompagni (o non segua) quella dei successivi atti destinati a ferire effettivamente e immediatamente gli interessi del ricorrente.

8. Un'altra condizione per l'ammissibilità dei ricorsi amministrativi è rappresentata, nei ricorsi di tipo impugnatorio, dalla mancanza del decorso del termine d'impugnativa. La legge suole imporre, per l'esercizio della facoltà dell'impugnazione in sede amministra-

(1) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 7 luglio 1953, n. 348; Id., Sez. IV, 24 febbraio 1956, n. 247.

tiva, un termine tassativo (1), il decorso del quale comporta la decadenza della possibilità di ricorso e l'inammissibilità del ricorso eventualmente proposto in un momento successivo.

Tale termine viene fissato, dall'art. 5, 2° comma, T. U. Com. e Prov., per i ricorsi gerarchici, in trenta giorni (2). E solitamente è della stessa durata il termine per i ricorsi amministrativi atipici (ai quali, in mancanza di altre norme, si applica la riferita disposizione dell'art. 5). Esistono però casi in cui tanto per ricorsi gerarchici, come per ricorsi in opposizione e per ricorsi gerarchici impropri, sono fissati dei termini più brevi o più lunghi (vedi, rispettivamente, per es., l'art. 6 T. U. pubbl. sic.; l'art. 3 L. 9-VIII-1954, n. 748, sullo stato giuridico dei segretari comunali e provinciali; l'art. 42 L. 17-VII-1890, n. 6972, sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza).

Alla regola della tassatività del termine per reclamare si collega la conseguenza dell'inammissibilità dei ricorsi avverso atti confermativi o esecutivi di atti non impugnati nei termini (3) (a meno che, nel caso di atti esecutivi, l'impugnativa riguardi vizi propri dell'attività di esecuzione).

Entro il termine il ricorso deve giungere all'ufficio dell'autorità cui è rivolto (4), o a un qualsiasi altro ufficio tenuto per legge a trasmettere gli atti a quell'autorità (pertanto è da considerare ammissibile il ricorso pervenuto nei termini a un ufficio gerarchicamente inferiore rispetto a quello chiamato a decidere) (5).

---

(1) In caso di scadenza del termine in giorno festivo si ritiene però applicabile il principio enunciato nell'art. 155 Codice Proc. Civ., secondo il quale il termine è prorogato al primo giorno seguente non festivo: vedi, per es., Cons. giustizia amm. Reg. sic., 23 giugno 1960, n. 240.

(2) Questo termine va osservato anche da chi abbia residenza all'estero: vedi C. Stato, Sez. VI, 13 aprile 1960, n. 232.

(3) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 25 ottobre 1960, n. 895.

(4) In caso di invio a mezzo del servizio postale, la data risultante dall'avviso di ricevimento del plico raccomandato contenente il ricorso prevale su quella sotto la quale il ricorso sia stato protocollato in arrivo (vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 19 dicembre 1953, n. 829).

(5) Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 20 gennaio 1950, n. 68; Id., 28 febbraio 1964, n. 309; Id., 23 ottobre 1964, n. 1206;

La decorrenza del termine ha inizio, di regola, dalla comunicazione, in via amministrativa, del provvedimento impugnato, o comunque dal momento, eventualmente anteriore, in cui l'interessato abbia avuto per la prima volta conoscenza del fatto del quale si duole (art. 5, 2° comma, T. U. Com. e Prov.). Deve trattarsi però di una conoscenza « piena », e cioè di una cognizione (effettiva o legale), tale da consentirgli una reale e sufficiente presa di coscienza dell'oggetto della doglianza (1).

Di qui la conseguenza che, quando l'interessato venga ad acquistare solo in un secondo tempo quella conoscenza « piena » che è richiesta per la decorrenza del termine (si pensi all'ipotesi in cui egli venga ad apprendere solo successivamente la motivazione di un provvedimento, del quale abbia potuto conoscere in un primo tempo soltanto il dispositivo), egli potrà — entro tali limiti, e nei termini decorrenti dalla nuova notizia — integrare il ricorso a suo tempo proposto, mediante la presentazione (nelle medesime forme prescritte per esso) di « motivi aggiunti » (2).

Id., Sez. VI, 23 novembre 1966, n. 833. Quanto si è detto comporta che, quando tra l'autorità che pose in essere il provvedimento impugnato e quella che deve decidere il ricorso non esista un rapporto gerarchico, non è sufficiente che il ricorso sia presentato nei termini alla prima, a meno che esistano norme in senso diverso (vedi la dec. C. Stato, Sez. V, 23 ottobre 1964, n. 1206 cit.; tra l'altro non è stata considerata sufficiente la presentazione del ricorso, da parte di un residente all'estero, all'autorità consolare: Id., Sez. VI, 13 aprile 1960, n. 232).

È da tener presente che in quei casi in cui sia prescritto l'inoltro dei ricorsi per via gerarchica, il fatto che tale via non sia stata seguita può comportare eventuali sanzioni pel ricorrente, nell'ambito dell'ordine disciplinare in cui si trovi inserito, ma non comporta anche l'irricevibilità del ricorso (vedi, per es., C. Stato, Sez. IV, 3 luglio 1961, n. 403; vedi però diversamente, con riferimento alla disposizione dell'art. 165 T. U. 5 febbraio 1928, n. 577, C. Stato, Sez. VI, 11 marzo 1959, n. 153; ma, *contra*, Id., Sez. VI, 22 ottobre 1951, n. 499; Id., 16 ottobre 1952, n. 755).

(1) Vedi ZAGO, *Piena conoscenza, comunicazione e termine di impugnativa degli atti amministrativi*, Brescia, 1956. In giurisprudenza, vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 1962, n. 744; Id., Sez. V, 10 novembre 1962, n. 854.

(2) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 14 giugno 1966, n. 573; Id., Sez. V, 27 agosto 1966, n. 1124. Il ricorrente può presentare anche « motivi aggiunti » in relazione a elementi dell'atto

Nel caso di errore scusabile — e cioè di errore non risalente a colpa del ricorrente (si pensi al caso di oscurità dei testi legislativi o di oscillazioni giurisprudenziali) —, il rigore dei termini d'impugnativa trova tuttavia dei temperamenti nell'istituto della rimessione in termini e in quello della sospensione dei termini (1). Il primo è previsto dall'art. 24 T. U. Cons. Stato, il quale dispone che, quando per errore scusabile si sia ritenuto definitivo un provvedimento, e lo si sia perciò impugnato in sede giurisdizionale anzichè in sede amministrativa, il Consiglio di Stato (ed eventualmente anche il decreto di decisione del ricorso straordinario) può rimettere il ricorrente in termini, assegnandogli un breve periodo per la proposizione del ricorso nella sede competente (2). Il secondo è un istituto di creazione giurisprudenziale, in base al quale, quando per errore scusabile sia stata adita un'autorità diversa da quella competente, quest'ultima, successivamente adita, può considerare sospeso il termine durante tutto il tempo trascorso tra la presentazione del ricorso all'autorità incompetente e la comunicazione del provvedimento che abbia affermato l'incompetenza di essa (3).

9. I ricorsi amministrativi debbono esser redatti *ad substantiam* per iscritto, e, di regola, in carta da bollo (4). Essendo però, quest'ultimo, un requisito di regolarità (e non di validità), è fatta salva la possibilità della successiva regolarizzazione (5).

---

impugnato che erano già a sua conoscenza al momento della proposizione del ricorso, quando tali nuovi motivi vengano presentati prima che scadano i termini per la proposizione del ricorso. Cfr., per es., C. Stato, Sez. VI, 6 dicembre 1961, n. 1041.

(1) Vedi SOPRANO, *La rimessione in termine per errore scusabile nel procedimento innanzi al Consiglio di Stato* (*Rassegna Dir. Pubbl.*, 1950, II, 586 e segg.); SEPE, *L'errore scusabile nel processo amministrativo* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 675 e segg.).

(2) In tal caso il termine decorre dal giorno in cui la decisione giurisdizionale sia stata notificata al ricorrente (C. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 1954, n. 105).

(3) Vedi GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, pag. 153.

(4) Si ritiene invece che non occorra la carta da bollo per la notifica o la comunicazione del ricorso alle altre parti: C. Stato, Sez. V, 14 novembre 1958, n. 859.

(5) Cfr. C. Stato, Ad. gen., 9 aprile 1964, n. 285 (*Consiglio Stato*, 1966, I, 1916).

Per il ricorso non è prescritta alcuna forma rituale (1). Però esso deve indicare necessariamente (altrimenti non avrebbe esistenza giuridica e sarebbe irricevibile) l'autorità cui viene rivolto, le generalità del ricorrente, l'atto impugnato (o comunque l'oggetto della controversia), i motivi su cui il ricorso si fonda, il *petitum* (annullamento o modifica dell'atto impugnato, o altra pronuncia — dichiarativa o costitutiva — richiesta). Inoltre esso deve contenere la sottoscrizione del ricorrente o di chi lo rappresenti nella procedura (2) (non è richiesto alcun patrocinio legale). Ai fini di eventuali comunicazioni è opportuna anche l'indicazione del domicilio del ricorrente, la partecipazione del quale all'organo adito deve essere considerata, anzi, per il ricorrente, un onere, date le conseguenze sfavorevoli che possono derivargli dal fatto che l'organo adito, non essendone informato, non sia in grado di effettuargli nel luogo più appropriato le necessarie comunicazioni (per es., l'invito di procedere alla notifica del ricorso ai controinteressati, l'invito di esibire documenti, di assistere a un atto istruttorio, di presentarsi di persona per essere ascoltato).

Quando il ricorso venga proposto da un ente (pubblico o privato) è necessario che la presentazione di esso da parte dell'organo dotato della rappresentanza dell'ente sia preceduta — ove ciò sia prescritto — dalla deliberazione dell'organo collegiale a ciò qualificato (per es., i ricorsi dei Comuni debbono essere presentati dal Sindaco; ma occorre che la proposizione del ricorso sia stata previamente deliberata dal Consiglio comunale) (3). Tale delibera potrebbe peraltro anche essere adottata successivamente, purchè ciò av-

---

(1) Vedi, per es., C. Stato, Ad. gen., 12 gennaio 1956, n. 2; Id., Sez. VI, 10 ottobre 1956, n. 602; Id., Sez. VI, 22 dicembre 1966, n. 1028 (su quest'ultima decisione vedi però anche la nota che segue).

(2) Non sembra perciò possibile la proposizione del ricorso per telegramma (*contra*: C. Stato, Sez. VI, 22 dicembre 1966, n. 1028, citata alla nota precedente), giacchè il messaggio che in simili casi perviene all'Amministrazione non reca la sottoscrizione autentica del ricorrente (nè, del resto, il testo presentato all'ufficio postale in occasione della richiesta del telegramma deve contenere la sottoscrizione autentica del mittente).

(3) C. Stato, Sez. V, 9 giugno 1956, n. 495; Id., Sez. IV, 27 luglio 1962, n. 599.

venga non oltre il termine stabilito per la presentazione del ricorso. A ogni modo non è indispensabile che di essa si faccia menzione nel ricorso, nè che essa venga inoltrata all'organo adito col ricorso. Spetterà poi a questo accertare che essa sia effettivamente intervenuta.

Si è già fatto cenno dei modi in cui il ricorso può essere inoltrato all'organo cui viene diretto (numero precedente).

Al fine di assicurare il necessario contraddittorio — indispensabile, data la natura giustiziale e perciò contenziosa del procedimento — l'art. 5, 3° comma, T. U. Com. e Prov., dispone che l'autorità adita, « qualora non creda di comunicare d'ufficio il ricorso ai controinteressati, ordina che il ricorso stesso venga notificato a costoro, a cura del ricorrente, nel termine da essa stabilito, sospendendo la pronuncia, finchè non consti della eseguita notificazione » (la quale deve essere eseguita in via amministrativa) (1); e il comma successivo aggiunge che « nel termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso, gli interessati possono presentare all'autorità cui è diretto le loro deduzioni ». Quest'ultimo termine è di natura comminatoria: sta infatti ad indicare che il ricorso non può esser deciso prima che esso sia trascorso; ma quando nonostante che esso sia trascorso il ricorso non sia stato ancora deciso, l'autorità adita non può rifiutare di accettare e prendere in considerazione le difese presentate tardivamente.

Per controinteressati bisogna intendere, nelle procedure relative a ricorsi di tipo impugnatorio, tutti quei soggetti, i quali, ricavando (direttamente e attualmente) dal provvedimento impugnato un vantaggio giuridicamente rilevante (non basta perciò un vantaggio di mero fatto), possono esser considerati portatori di un interesse sostanziale qualificato — analogo e di senso contrario rispetto all'interesse in difesa del quale agisce chi ricorre — al mantenimento in vita di quel provvedimento (2).

---

(1) C. Stato, Sez. IV, 20 novembre 1941, n. 402.

(2) GUICCIARDI, *Sulla nozione di controinteressato* (*Giur. It.*, 1948, III, 101 e segg.); GASPARRI, *Sul concetto di controinteressato* (*Foro Amm.*, 1949, I, 1, 235 e segg.).

Nelle procedure relative a ricorsi di tipo non impugnatorio, per controinteressati bisogna intendere tutti i legittimi contraddittori nella controversia di cui trattasi.

Naturalmente la notificazione ai controinteressati può essere legittimamente eseguita per iniziativa dello stesso ricorrente, ed, eventualmente, anche prima della presentazione del ricorso presso l'autorità adita.

In taluni casi tiene luogo della notificazione la pubblicazione del reclamo in appositi albi od organi ufficiali (vedi, per es., l'art. 165 T. U. 5-II-1928, n. 577, sull'istruzione elementare) (1).

Generalmente si suole dare comunicazione dei ricorsi gerarchici anche all'autorità contro cui si ricorre. Ma ciò non è indispensabile (2). Si ritiene invece indispensabile la notificazione del cosiddetto ricorso gerarchico improprio all'organo che pose in essere il provvedimento che con esso si impugna. Ciò perchè qui il rapporto che si instaura col ricorso è trilatero, non avendosi quella identità sostanziale tra Amministrazione adita e Amministrazione contro cui si ricorre, che è caratteristica degli altri tipi di ricorsi amministrativi ordinari (3). Ma anche questo è un punto che meriterebbe approfondimento.

L'inosservanza delle regole relative al contraddittorio rende improcedibile il ricorso, e rende perciò invalida la decisione intervenuta nonostante essa.

10. All'atto della presentazione del ricorso, o successivamente, il ricorrente può inoltrare all'organo adito tutti i documenti che ritenga opportuno. Altrettanto possono fare le altre parti. E tanto quello che queste possono presentare, fin quando il ricorso non venga deciso, ulteriori scritti difensivi (4).

---

(1) Cfr., per es., C. Stato, Ad. gen., 27 settembre 1951, n. 615; Id., Sez. VI, 28 giugno 1955, n. 526.

(2) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 1952, n. 824. Nè è indispensabile che l'autorità inferiore sia sentita (Id., Sez. IV, 12 agosto 1948, n. 392).

(3) GUICCIARDI, *Sulla comunicazione del ricorso gerarchico all'autorità inferiore* (*Giur. It.*, 1947, III, 81 e segg.).

(4) Circa l'obbligo dell'autorità di prenderli in esame, vedi, per es., C. Stato, Sez. IV, 27 febbraio 1963, n. 113; circa l'esclusione dell'esigenza di forme particolari per la presentazione di essi, vedi, per es., Id., Sez. V, 12 maggio 1950, n. 576.

Il principio generale, secondo cui nei procedimenti amministrativi l'istruzione si svolge con metodo inquisitorio, comporta che l'organo adito possa svolgere, di propria iniziativa — ed eventualmente avvalendosi di uffici inferiori o di uffici delegati —, tutte le indagini e raccogliere tutti i pareri che (nei limiti della ragionevolezza) ritenga opportuni (1).

Non è previsto però che le parti siano informate, prima della decisione, delle prove e dei pareri raccolti, e neppure delle difese avversarie (2). Nè generalmente è previsto (anche se non è escluso) (3) che esse siano ammesse a rappresentare oralmente le proprie ragioni (4). È chiaro perciò che il contraddittorio dei ricorsi amministrativi è un contraddittorio zoppo. E questa rappresenta una delle manchevolezze del sistema.

Generalmente la presentazione del ricorso non produce la sospensione dell'atto amministrativo impugnato. Non manca tuttavia qualche eccezione alla regola (vedi, per es., l'art. 93 T. U. fin. loc., e l'art. 8 L. 25-I-1966, n. 31, sull'albo nazionale degli esportatori di prodotti ortofrutticoli).

L'organo adito ha peraltro sempre la possibilità di disporre la sospensione (5). Ma nella pratica si fa scarso uso di tale possibilità.

11. L'art. 5 T. U. Com. e Prov. regola, al 5° e 6° comma, i casi in cui l'organo investito di un ricorso gerarchico non adempia al dovere di deciderlo. Esso dispone che, trascorsi 120 giorni dalla data di presentazione del ricorso (tale data sembra da identificare

---

(1) C. Stato, Sez. V, 28 ottobre 1966, n. 1315.

(2) Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 19 dicembre 1953, n. 854; Id., 2 aprile 1954, n. 306; Id., 30 giugno 1956, n. 552; Id., 27 agosto 1966, n. 971.

(3) C. Stato, Sez. V, 28 ottobre 1966, n. 1315.

(4) C. Stato, Sez. VI, 11 giugno 1956, n. 402; Id., Sez. V, 26 marzo 1965, n. 286.

(5) Secondo GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa* cit., pag. 154, la sospensione potrebbe esser disposta solo in quei casi in cui l'autorità adita disponga anche del potere di pronunciare nel merito. Ma la tesi non può esser condivisa. È vero che la sospensione si basa su una valutazione di opportunità. Ma questa non riguarda il contenuto dell'impugnativa. E l'art. 39 T. U. Cons. Stato è la prova migliore che la competenza ad accordare la sospensione non si collega necessariamente a una competenza a conoscere del merito del provvedimento impugnato.

con quella in cui il ricorso sia effettivamente pervenuto all'autorità adita) senza che sul ricorso sia intervenuto alcun provvedimento, il ricorrente può notificare un'istanza per chiedere che il ricorso venga deciso. Ove poi da tale notifica siano trascorsi altri 60 giorni senza che sia intervenuta alcuna decisione, « il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato ». Il silenzio produce cioè l'effetto legale e assume il significato di rigetto del ricorso. Al qual fine occorre guardare se al sessantesimo giorno sia o non intervenuta una pronuncia dell'autorità adita, e non se la pronuncia eventualmente intervenuta sia stata portata a conoscenza del ricorrente (1).

La giurisprudenza ha avuto occasione di estendere l'applicazione di tali disposizioni all'opposizione (2). Ma esse debbono considerarsi applicabili anche ai ricorsi gerarchici impropri. Nè avrebbero giustificazione i dubbi che in proposito potessero essere avanzati sul presupposto della rilevata affinità di questi ultimi (nei quali pure si instaura un rapporto trilatero) coi ricorsi straordinari, cui le ricordate regole non si ritengono applicabili, configurandosi in essi il silenzio serbato dall'Amministrazione sul ricorso come mero inadempimento (3). Soprattutto quando si tengano presenti i temperamenti di cui si dirà con riferimento ai casi di procedure complesse, le perplessità non avrebbero infatti alcuna solida base.

Sicuramente è da considerare invece come mero inadempimento e non come rigetto dell'istanza il silenzio serbato sui ricorsi di tipo non impugnatorio, dato che in essi la fattispecie è profondamente dissimile da quella considerata nell'art. 5.

L'intento ispiratore delle riferite disposizioni dell'art. 5 — le quali non fecero che canonizzare un orientamento giurisprudenziale introdotto da una decisione della Sez. IV del Consiglio di Stato in data

---

(1) C. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 1956, n. 614; Id., Ad. plen., 22 ottobre 1960, n. 17; Id., Sez. IV, 23 gennaio 1962, n. 66.

(2) C. Stato, Sez. IV, 18 febbraio 1949, n. 43 e 30 dicembre 1949, n. 438.

(3) C. Stato, Ad. plen., 23 maggio 1962, n. 4; SANDULLI, *Sull'impugnabilità giurisdizionale del silenzio serbato dall'Amministrazione sul ricorso straordinario* (*Giust. Civ.*, 1962, II, 179 e segg.).

22-VIII-1902 (1) — è quello di porre il ricorrente in grado di mettere in moto gli ulteriori mezzi giuridici (ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario) che altrimenti il silenzio dell'Amministrazione avrebbe potuto (e in passato soleva frequentemente) precludergli col differire *sine die* la formazione del provvedimento definitivo.

Appunto in considerazione di tale intento garantistico, sembra da escludere che le disposizioni volte ad equiparare il silenzio dell'autorità adita al rigetto del ricorso trovino applicazione nel caso di ricorsi amministrativi basati su motivi di merito (e limitatamente a tali motivi). Siccome, in via di principio, contro i provvedimenti amministrativi definitivi viziati nel merito non sono consentiti rimedi giuridici in vista della eliminazione di tali vizi, il ritenere che in casi del genere il maturare del termine previsto dall'art. 5 faccia venir meno l'obbligo dell'autorità adita di decidere il ricorso si risolverebbe nel fare venir meno, senza alcun corrispettivo vantaggio pel ricorrente, quella minima (e unica) garanzia che il ricorso amministrativo può rappresentare per gli interessi di lui affidati alla denuncia di vizi di merito. Appare perciò più rispondente alla *ratio legis*, nel caso di ricorso amministrativo fondato su motivi di merito, non attribuire alla mancata decisione su tali motivi altro significato, se non quello di rifiuto di provvedere. Con conseguente possibilità di farne dichiarare l'illegittimità, secondo la regola comune a tutti i casi di silenzio-inadempimento, in sede giurisdizionale o di ricorso straordinario; e con l'ulteriore possibilità di applicazione dell'art. 328 C. Pen. riguardante il reato di rifiuto di atti d'ufficio.

La giurisprudenza suole interpretare la disposizione del 6° comma dell'art. 5, secondo la quale il ricorso si intende come rigettato solo quando, trascorsi sessanta giorni dalla notifica della diffida a provvedere, non « sia intervenuta alcuna decisione », nel senso che il silenzio-rigetto (o, come altri dice, il silenzio-conferma) non si produrrebbe, non solo quando sul ricorso sia intervenuta una decisione definitiva, ma

(1) Vedi *La Legge*, 1903, 494.

anche quando sia comunque intervenuta una qualsiasi pronuncia interlocutoria, e persino quando sia semplicemente in corso una attività istruttoria (1); e considera insufficienti a evitare che si formi il silenzio-rigetto soltanto quei comportamenti dell'Amministrazione che si rivelino palesemente dilatori (2). Tale orientamento, il quale una volta di più conferma l'indulgenza giurisprudenziale a un eccessivo formalismo, appare però in contrasto con la lettera e con lo spirito della legge. Almeno nella generalità dei casi il lungo lasso di tempo concesso dalla legge all'Amministrazione per provvedere sul ricorso (120 giorni, e poi ancora 60) deve esser considerato più che sufficiente per una decisione definitiva. Onde solo in casi eccezionali, e quando fossero previste procedure particolarmente complesse, una pronuncia interlocutoria potrebbe esser considerata preclusiva della formazione del silenzio-rigetto.

Un concetto sul quale può convenirsi con la giurisprudenza è invece quello secondo cui, nei casi di ricorso inammissibile, irricevibile, improcedibile, o comunque irrituale (per incompetenza dell'organo adito, o altro), il silenzio, anzichè a dichiarazione di rigetto, sia da equiparare a dichiarazione di diniego di ingresso del ricorso (3). Ciò inerisce al fatto che in simili casi non può considerarsi sussistente un obbligo dell'autorità adita di pronunciare nel merito.

Un altro recente profilo giurisprudenziale che non può esser condiviso riguarda poi la possibilità che, successivamente al formarsi dell'effetto legale previsto dal 6° comma dell'art. 5 (rigetto del ricorso), l'autorità adita faccia uso del potere di decisione. Secondo tale orientamento il decorso del termine, pur aprendo agli interessati l'immediata possibilità degli ulteriori rimedi giuridici, non comporterebbe altresì, per l'au-

---

(1) C. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 1957, n. 163; Id., 27 gennaio 1959, n. 87; Id., 1° giugno 1960, n. 538; Id., 2 dicembre 1960, n. 1003; Id., 15 novembre 1961, n. 574; Id., 10 novembre 1964, n. 1272; Id., 27 ottobre 1965, n. 391.

(2) C. Stato, Ad. plen., 5 aprile 1966, n. 10; Id., Sez. IV, 18 ottobre 1966, n. 742.

(3) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 2 marzo 1960, n. 83; Id., 26 ottobre 1965, n. 668; Id., 3 novembre 1965, n. 716.

torità adita, la preclusione di esercitare i propri poteri decisori (1).

A tale punto di vista è stato giustamente opposta la categorica disposizione legislativa, secondo la quale, una volta trascorso il termine, il ricorso deve intendersi rigettato «a tutti gli effetti»; e si è aggiunto che, una volta che un ricorso amministrativo sia da considerare deciso, l'autorità competente alla decisione deve ritenersi spogliata del relativo potere, ormai consumato (2) (potendo, se mai, pronunciarsi, sulle questioni ormai uscite dalla sua disponibilità, unicamente in sede di ricorso per revocazione), e che l'eventuale pronuncia dell'autorità adita, sopravvenuta al rigetto implicito nel silenzio, potrebbe, se mai, valere soltanto come provvedimento *ex officio*, entro i limiti entro cui quella autorità abbia inteso (e abbia potuto legittimamente) farne uso.

Un punto, a ogni modo, è da considerare fuori discussione: ed è che, tanto se si voglia negare, quanto se si voglia ammettere la possibilità che al silenzio-rigetto faccia seguito un autentico provvedimento decisorio del ricorso non deciso nei termini, tale provvedimento, in quanto venga a innovare *ex tunc* rispetto alla situazione determinatasi per effetto del silenzio-rigetto, produce inevitabilmente la cessazione della materia del contendere nel successivo ricorso (giurisdizionale o amministrativo) nel quale il silenzio-rigetto sia stato impugnato, e fa sorgere, in chi sia interessato a far sì che tale effetto venga eliminato, l'esigenza di impugnare il provvedimento stesso (3).

12. La decisione del ricorso deve esser redatta per iscritto e firmata dal titolare (o dai titolari) dell'organo che la pronuncia.

(1) Tale orientamento fu inaugurato con la decisione Consiglio Stato, Ad. plen., 3 maggio 1960, n. 8; vedi anche Id., Ad. plen., 22 ottobre 1960, n. 17, e, tra le pronunce più recenti, Id., Sez. VI, 21 ottobre 1966, n. 772. In passato l'orientamento era stato in senso opposto. Vedi C. Stato, Sez. V, 8 novembre 1950, n. 1108; Id., 2 aprile 1955, n. 1467; Id., 12 aprile 1957, n. 214; Id., Sez. VI, 10 dicembre 1958, n. 921; e, da ultimo, Id., 27 maggio 1961, n. 223.

(2) Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 5 febbraio 1960, n. 33; Id., 14 aprile 1962, n. 359.

(3) Vedi, anche per indicazioni, A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta di interesse* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 82 e segg.).

Essendo vincolata ai motivi del reclamo (n. 6), essa, a parte i casi in cui, accolto il ricorso, alcuni motivi possano esser considerati « assorbiti », deve esser motivata in relazione a tutti quelli prospettati nel ricorso (cfr. art. 3 legge abol. contenz. amm.) (1). Il che non significa, naturalmente, che in relazione ai singoli motivi del ricorso l'organo decidente sia tenuto a prendere in considerazione tutte le argomentazioni del ricorrente e delle altre parti (2). In tali sensi è generalmente orientata la giurisprudenza, nonostante che talvolta essa pecchi di un certo *favor administrationis*, non cogliendo alcuna illegittimità nel fatto che non sia stata dedicata attenzione a motivi definiti, più o meno arbitrariamente, « irrilevanti » (3) o addirittura « non fondamentali » (4).

Una volta adottata, la decisione deve poi esser comunicata agli interessati nelle forme degli atti amministrativi.

Nonostante che si tratti di un provvedimento amministrativo, è da ritenere che, essendo una pronuncia giustiziale, i limiti soggettivi della sua efficacia corrispondano a quelli delle decisioni giurisdizionali.

Al carattere giustiziale inerisce altresì l'esclusione della possibilità che le decisioni dei ricorsi amministrativi siano fatte oggetto di annullamento d'ufficio (5). Sempre dallo stesso carattere discende la possibilità che, per contro, i soggetti toccati da esse propongano — nel concorso delle condizioni previste dal Codice

(1) Peraltro la motivazione non può esser ritenuta assente quando sia stata effettuata *per relationem*, attraverso il rinvio a un altro provvedimento, a un parere, alla relazione di un ufficio interno (vedi, per es., C. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 1965, n. 1; Id., 7 dicembre 1965, n. 913). Viene tuttavia considerato illegittimo il rinvio alla motivazione del provvedimento impugnato (vedi, per es., Id., Sez. VI, 23 gennaio 1963, n. 37; Id., 30 dicembre 1965, n. 1043; Id., Sez. IV, 16 marzo 1966, n. 158).

(2) Vedi, per es., C. Stato, Sez. IV, 28 novembre 1962, n. 708; Id., Sez. VI, 5 dicembre 1962, n. 848.

(3) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 1962, n. 190.

(4) Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 25 ottobre 1966, n. 1278.

(5) Vedi, con riferimento al ricorso gerarchico, C. Stato, Sez. V, 5 febbraio 1960, n. 33, e, con riferimento al ricorso gerarchico improprio, Id., Sez. VI, 29 settembre 1962, n. 630; Id., 21 gennaio 1966, n. 29; Id., Sez. V, 28 ottobre 1966, n. 1291.

di Procedura Civile (rispettivamente art. 287 e 395) e con corrispondente decorrenza — istanza di annullamento per revocazione (1) ed istanza di correzione (2). È da ritenere che il termine per la presentazione di tali istanze sia quello stesso che la legge assegna per la presentazione del ricorso.

La possibilità della revocazione nei confronti della decisione del ricorso non esclude peraltro quella che il provvedimento amministrativo sottostante alla decisione (il provvedimento « confermato » da essa, o modificato a seguito di essa) venga annullato *ex officio*, secondo le regole generali, quando ne ricorrano le condizioni (3).

13. Occorre infine occuparsi dei rapporti tra ricorsi amministrativi ordinari, dei rapporti tra questi e il ricorso straordinario, dei rapporti tra gli stessi e i rimedi giurisdizionali.

Con riferimento ai primi, si può osservare che, in linea di principio, i provvedimenti con cui vengono decisi ricorsi amministrativi ordinari sono suscettibili delle impugnative in via amministrativa proprie della generalità degli atti degli organi da cui essi promanano. Pertanto, in mancanza di diverse disposizioni, avverso la decisione di un'opposizione, di un ricorso gerarchico o di un ricorso gerarchico improprio sarà ammesso il ricorso gerarchico in tutti quei casi nei quali l'organo che abbia deciso il ricorso abbia un superiore gerarchico. Ciò è previsto espressamente, ad es., per le decisioni prefettizie sulle opposizioni dei debitori della tassa d'ispezione delle farmacie (art. 54 R. D. 30-IX-1938, n. 1706), nonchè per le decisioni prefettizie sui ricorsi gerarchici impropri dei contribuenti avverso i provvedimenti del sindaco in materia di imposte di consumo (art. 90 T. U. fin. loc.). Non mancano tuttavia casi in cui provvedimenti amministrativi decisori sono dichiarati definitivi nonostante l'esistenza di un rapporto di gerarchia (per

(1) Vedi C. Stato, Sez. V, 22 marzo 1952, n. 535; Id., 12 novembre 1955, n. 1385; Id., 26 gennaio 1957, n. 6; Id., 14 aprile 1962, n. 359; Id., Ad. plen., 10 gennaio 1964, n. 2.

(2) C. Stato, Sez. V, 14 aprile 1962, n. 359.

(3) Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 14 aprile 1962, n. 359; Id., Ad. plen., 10 gennaio 1964, n. 2.

esempio, art. 23 R. D. 12-X-1923, n. 1700), nè casi in cui avverso decisioni poste in essere da autorità che non si trovano in posizione di subordinazione gerarchica è dato un ricorso gerarchico improprio (per es., art. 306 T. U. Com. e Prov.).

Quanto ai rapporti tra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso straordinario, siccome quest'ultimo non è ammesso se non nei confronti dei provvedimenti definitivi (art. 16, n. 4, T. U. Cons. Stato), la regola è che esso non possa esser proposto se non quando sia stata percorsa l'intera serie dei ricorsi amministrativi ordinari prevista dalla legge, impugnando in via straordinaria (quando non venga in questione un provvedimento definitivo di un'autorità non posta al sommo di una scala gerarchica) la decisione di ultimo grado della serie, oppure il silenzio-rigetto formatosi sul ricorso avverso il provvedimento di grado inferiore.

La medesima regola vale per i ricorsi giurisdizionali al Consiglio di Stato (art. 34 T. U. Cons. Stato) e per quelli al Tribunale superiore delle acque pubbliche quale giudice degli interessi legittimi (art. 143 T. U. acque pubbl. e imp. elettr.).

Una relazione di presupposizione non esiste, invece, di regola, tra ricorsi amministrativi ordinari e azione davanti ai giudici ordinari. L'interessato può dunque, di regola, tanto prescindere dai ricorsi amministrativi, quanto appagarsi del risultato di essi, quanto percorrere contemporaneamente o consecutivamente le due vie. Nè l'esito dei ricorsi amministrativi può pregiudicare irreparabilmente i suoi diritti, data la regola dell'art. 5 legge abol. contenz. amm., in base alla quale l'autorità giudiziaria è tenuta a non dare applicazione agli atti amministrativi illegittimi (e perciò a considerarli *tamquam non essent*).

Esistono nondimeno taluni casi — eccezionali — in cui l'azione giudiziaria non può esser promossa se non dopo che sia stata tentata e percorsa (entro termini di decadenza) la via dei ricorsi amministrativi. In tali casi il previo esperimento dei ricorsi amministrativi rappresenta una condizione per l'azione in sede di giudizio civile. Gli esempi non sono pochi. Si possono ricordare, una volta di più, le controversie in materia di formazione delle liste elettorali (art. 33

L. 7-X-1947, n. 1058, modificato con L. 22-I-1966, n. 1), talune controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria dei lavoratori (art. 460 Codice Proc. Civ.; art. 97 e segg. D-L 4-X-1935, n. 1827; art. 83 T. U. 26-XII-1962, n. 2109; art. 111 T. U. 30-VI-1965, n. 1124), le controversie in materia di liquidazione di supplementi di congrua ed altri assegni per spese di culto al clero (art. 66 T. U. 29-I-1931, n. 227).

Agli altri esempi sarebbero da aggiungere le controversie in materia di imposta qualora si ritenesse (secondo la tesi più accreditata in dottrina, la quale ha però contro di sè, per la massima parte della materia, la giurisprudenza sia civile che costituzionale) che i ricorsi da proporre (come è regola generale) agli organi amministrativi (commissioni) del contenzioso tributario prima di poter adire i giudici civili (non è indispensabile però generalmente l'esaurimento di tutti i gradi: art. 22 D-L 7-VIII-1936, n. 1639) abbiano natura amministrativa e non giurisdizionale (anche la giurisprudenza conviene però circa la natura amministrativa dei ricorsi in materia doganale, relativi alla qualificazione delle merci, previsti dal T. U. 9-IV-1911, n. 330, e successive modificazioni, e degli analoghi ricorsi riguardanti le imposte di fabbricazione, nonchè dei ricorsi in materia di imposte di consumo previsti dall'art. 90 T. U. fin. loc., approvato con R. D. 14-IX-1931, n. 1775). Va tenuto presente, peraltro, che nella materia delle imposte indirette la mancata proposizione del ricorso amministrativo comporta per gli interessati soltanto la conseguenza di non poter ottenere dall'autorità giudiziaria la condanna dell'Amministrazione alle spese del giudizio (art. 148 legge registro; art. 48 T. U. fin. loc., con riferimento ai ricorsi in materia di imposta di consumo di cui all'art. 90).

14. Volendo formulare delle considerazioni conclusive, si può dire che i ricorsi amministrativi ordinari sono, al giorno d'oggi, piuttosto screditati nel nostro ordinamento. La scala del loro discredito va indubbiamente diminuendo dalle opposizioni, ai ricorsi gerarchici, ai ricorsi decisi da un'autorità in posizione di terzietà. A questi ultimi il carattere trilatero del rap-

porto processuale conferisce un certo maggiore prestigio. Ma anche in una buona parte di essi lo spirito di corpo non manca di far sentire i suoi effetti negativi.

I ricorsi amministrativi ordinari assolsero un loro ruolo agli albori della giustizia amministrativa. Quando però, estesi i controlli giurisdizionali nei confronti dell'Amministrazione, essi si trasformarono in gradino iniziale necessario dell'*iter* processuale volto a culminare in tali controlli, erano fatalmente predestinati, a causa del costume tradizionale della Pubblica amministrazione nel nostro paese, al ruolo di strumento utilizzabile per rallentare il cammino della giustizia. Tanto che a un certo punto — dapprima in via giurisprudenziale (1902), poi in via legislativa (1934) — si rese indispensabile, al fine di evitare che l'inerzia dell'amministrazione giustiziale si risolvesse addirittura in sbarramento insuperabile della via della giustizia amministrativa, attribuire all'inerzia stessa (come è avvenuto per la generalità dei ricorsi di tipo impugnatorio) il valore di silenzio-rigetto, equiparandola, pur di sottrarle la possibilità di arrestare il corso della giustizia, al provvedimento definitivo indispensabile per poter adire gli organi di giurisdizione.

Neanche tale espediente si è rivelato però sufficiente a fare cessare gli inconvenienti. Da un lato la lentezza, l'ostinazione e lo spirito di corpo dell'Amministrazione (la quale ha tradizionalmente tendenze « rigettiste »), dall'altro l'indulgenza della giurisprudenza al formalismo e al *favor administrationis*, hanno contribuito a che, nonostante l'introduzione dell'istituto del silenzio-rigetto, i ricorsi amministrativi continuino a essere, per i cittadini, anche lì dove (come è regola generale) tale istituto trova applicazione, poco più che un ostacolo da superare — il meno lentamente e col minor danno possibile (chè la loro strada è cosparsa di trabocchetti, tra i quali primeggiano le incertezze in materia di competenza e di definitività) — per poter battere finalmente alla porta della giurisdizione.

Essi sono perciò da tempo entrati in crisi. E sarebbe ora che venissero raccolti in sede legislativa i voti formulati, più volte e da vari lustri, in sede di dot-

trina e di progetti di riforma, nel senso di farne venir meno il carattere di condizione preliminare per l'esercizio dell'azione giurisdizionale (1).

(1) In proposito vedi, per le varie proposte legislative, il volume dell'I.S.A.P., *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, pag. 565 e segg. e il volume pubblicato dalla PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Atti dell'ufficio della riforma della pubblica amministrazione*, Roma, 1965, pag. 136 e seguenti. Per la dottrina, vedi BACHELET, *I ricorsi amministrativi* cit., pag. 275 e segg., con indicazioni della dottrina anteriore.

Ricorso gerarchico

Pubblicato in

*Novissimo Digesto Italiano**
Torino, 1968, vol. XV, pp. 992-998

*** Estratto con paginatura autonoma**

BIBLIOGRAFIA. — Si fa rinvio a quella della voce *Ricorso amministrativo*, cui sono da aggiungere le opere qui richiamate in nota.

SOMMARIO. — 1. Premessa. – 2. Rapporto gerarchico e ricorso gerarchico. – 3. Rapporti tra enti e ricorso gerarchico. – 4. Rapporti tra organi e ricorso gerarchico. – 5. Casi di provvedimenti definitivi di organi in posizione di subordinazione gerarchica. – 6. Organi a struttura interna complessa e ricorso gerarchico. – 7. Regime del ricorso gerarchico nel caso di atti posti in essere da un organo inferiore per ordine, istruzione, suggerimento, delega del superiore; di atti posti in essere da un organo superiore in sede di avocazione o sostituzione dell'organo inferiore; di atti dell'organo inferiore soggetti ad approvazione di quello superiore; di atti posti in essere da un organo diverso da quello competente. – 8. Crisi del sistema gerarchico e del ricorso gerarchico.

1. Il ricorso gerarchico è un ricorso amministrativo. Più precisamente esso appartiene alla categoria dei ricorsi amministrativi ordinari. Di quest'ultima rappresenta poi il tipo più diffuso, e anzi il prototipo.

Appunto perciò, dei caratteri essenziali di questa figura di ricorso gerarchico e delle regole della sua procedura si occupa, in questa raccolta, la voce *Ricorso amministrativo*. Ciò è stato consigliato anche e soprattutto dall'esigenza di fornire in un'unica sede una esauriente visione unitaria dei ricorsi amministrativi ordinari e delle regole comuni a tutti (che sono essenzialmente le regole del ricorso gerarchico), e di far luogo nella medesima sede a un adeguato raffronto delle diverse figure di ricorsi amministrativi ordinari. In quella occasione è stata pure delineata ed esaminata la figura del cosiddetto ricorso gerarchico improprio.

La presente voce ha perciò carattere integrativo, essendo destinata unicamente a svolgere quegli aspetti

---

AVVERTENZA. — Le decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato vengono di norma citate senza indicazione di repertori data la loro facile reperibilità nella rivista *Il Consiglio di Stato*, e, anteriormente, nella rivista *Il Foro Amministrativo*, dove sono pubblicate in ordine cronologico.

della figura del ricorso gerarchico, che non potevano aver sede nel quadro della disamina di tipo unitario condotta nella voce dedicata alla categoria generale cui essa appartiene.

2. Il ricorso gerarchico è un rimedio giuridico strettamente collegato — come il nome stesso dice — a un sistema gerarchico (v. *Gerarchia*), anche se, come si vedrà (n. 5), non può dirsi necessariamente connaturale alla esistenza di un rapporto gerarchico. Quel che è certo è che non si ha ricorso gerarchico se non esista una relazione di gerarchia (il cosiddetto ricorso gerarchico improprio è cosa diversa dal ricorso gerarchico anche se la sua disciplina è molto simile: vedi *Ricorso amministrativo*).

Il ricorso gerarchico presuppone infatti due unità dell'organizzazione amministrativa, delle quali l'una si trovi, rispetto all'altra, in una particolare posizione di preminenza, qualificata dal fatto che la seconda sia tenuta a uniformarsi puntualmente, nella cura degli interessi rientranti nella sua competenza, alle disposizioni impartite dalla prima — tanto in forma generica (direttive) come, eventualmente, in forma specifica e tassativa (ordini) —, di volta in volta in via generale o pel caso singolo, e che la prima abbia nei confronti dell'altra il potere di vigilanza e inoltre quello di coordinarne l'operato con quello delle altre unità ugualmente a essa subordinate e di risolvere i conflitti eventualmente insorti con queste ultime. Queste sono infatti le condizioni minime perchè ricorra un rapporto gerarchico. Invece — data la molteplicità delle forme che si accompagnano alle varie fattispecie gerarchiche — non sono altresì necessari (e possono perciò anche non risultare presenti, mentre d'altro canto potrebbero esser presenti anche fuori di un rapporto di gerarchia) gli ulteriori connotati che la prima unità organizzatoria disponga di una competenza (in tutto o in parte) comprensiva di quella della seconda (e quindi concorrente con essa) — potendo perciò, quando lo creda opportuno, operare senz'altro in (tutte o alcune) materie di competenza di questa sostituendolesi nella cura degli interessi ad essa affidati —, o disponga della possibilità di avocare a sè, di volta in volta, per giustificati motivi, la cura degli

interessi ad essa affidati, o disponga infine soltanto della possibilità di sostituirsi ad essa in caso di sua inerzia.

Sempre che sussistano le anzidette condizioni minime (1), l'unità in posizione di preminenza dispone altresì, secondo una regola affermata in giurisprudenza, del potere di annullare d'ufficio gli atti posti in essere da quella inferiore (v. *Annullamento degli atti amministrativi*), e inoltre, generalmente, del potere di decidere i ricorsi proposti contro gli stessi atti dai terzi che se ne affermino lesi. È regola generale infatti, nel nostro ordinamento, che dove vi è rapporto di gerarchia, ivi è data la possibilità, ai soggetti interessati, di impugnare in sede gerarchica gli atti posti in essere dall'unità organizzatoria in posizione sottordinata (v. *Ricorso amministrativo*, n. 4 e disposizioni legislative ivi indicate). I ricorsi in tal modo proposti prendono perciò appunto la denominazione di ricorsi gerarchici.

Sembra poi evidente che, ai fini della decisione di un ricorso gerarchico, sia indispensabile che la posizione di supremazia dell'organo investito del ricorso, oltre che al momento della emanazione dell'atto e al momento della proposizione del ricorso, sussista anche al momento della decisione di questo. Se il potere di decisione dei ricorsi gerarchici si collega a un rapporto di gerarchia, è chiaro infatti che il primo non possa sopravvivere lì dove sia venuto meno il secondo. Con la conseguenza che, sottentrato nella posizione di superiore gerarchico un organo diverso, il ricorso non ancora proposto dovrà esser presentato a quest'ultimo, e quello già proposto dovrà esser deciso da quest'ultimo (2).

---

(1) Sulla distinzione tra ipotesi minime e massime di gerarchia (che darebbero luogo, rispettivamente, a una gerarchia « sufficiente » o « imperfetta » e a una gerarchia piena o « perfetta »), vedi specialmente CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, s. d., pag. 527; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pag. 194 e segg.; ID., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1964, pag. 43 e segg.

(2) Diverso è il caso in cui dopo l'emanazione di un atto amministrativo suscettibile di ricorso gerarchico l'organo che lo pose in essere sia venuto meno, o abbia perduto la com-

3. Siccome nel nostro ordinamento i rapporti tra enti pubblici non si atteggiano mai come rapporti da sopraordinato o subordinato, ma sono sempre caratterizzati dalla presenza, anche nell'ente « inferiore » (e persino nel caso in cui questo assolva a compiti strumentali rispetto alle funzioni di un ente in posizione preminente), di un certo coefficiente di autonomia (v. *Persona giuridica pubblica*), per regola è da escludere la possibilità di ricorsi gerarchici da un ente a un altro.

L'ambiente naturale del ricorso gerarchico è invece quello dei rapporti tra organi di uno stesso ente.

Non può esser trascurato tuttavia che, siccome non va esclusa del tutto la possibilità che enti diversi appartengano — sia pure in relazione a certuni soltanto dei loro compiti — a un sistema unitario del quale uno di essi sia posto a capo (ciò può verificarsi, ad es., nel caso di decentramento a un ente locale di compiti periferici propri di un ente centrale) (1), è ipotizzabile, in astratto, la sussistenza, sia pure in casi rari e sotto profili particolari, di un vero e proprio rapporto di gerarchia tra enti diversi (o tra organi di enti diversi). Con la conseguenza che in casi simili potrebbe aversi un vero e proprio ricorso gerarchico (e quindi non un ricorso gerarchico improprio) all'ente posto in posizione sopraordinata avverso gli atti dell'ente operante in condizione di subordinazione.

4. Come si è detto, l'*habitat* del ricorso gerarchico va cercato nel quadro dell'organizzazione di un unico ente (2). Più precisamente esso va cercato nel sistema

---

petenza in materia. In simili casi, dovendosi aver riguardo all'atto così come fu emanato, ed essendo l'atto venuto in essere suscettibile di dar luogo in sede di ricorso gerarchico all'assetto definitivo degli interessi regolati per mezzo di esso, non potrà negarsi la persistenza del potere dell'organo superiore di decidere i ricorsi rivolti contro quell'atto (cfr. C. Stato, Sez. IV, 29 dicembre 1965, n. 1007; si noti però che la massima pubblicata [*Cons. Stato*, 1965, I, 2132], fa dire alla decisione più di quel che essa non voglia dire).

(1) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 9ª ediz., Napoli, 1966, pag. 377, nota 94.

(2) Circa l'ammissibilità di ricorsi gerarchici anche nell'ambito dell'organizzazione di un ente diverso dallo Stato, vedi, per es., C. Stato, Ad. gen., 31 ottobre 1963, n. 1533 (*Cons. Stato*, 1965, I, 118).

degli uffici di un unico ente forniti di competenza esterna, e cioè nel sistema degli organi dell'ente. Ciò inerisce al fatto che i ricorsi amministrativi si appuntano contro atti operanti all'esterno dell'Amministrazione (di qui l'interesse di soggetti estranei a impugnarli e la pretesa giuridicamente qualificata di essi a ottenere la decisione) e che il provvedimento che li decide è ugualmente destinato a operare nei rapporti esterni.

Occorre ora precisare che, siccome, per regola quasi inderogata, nel nostro ordinamento non si hanno rapporti di gerarchia se non tra organi individuali, generalmente non è dato riscontrare ricorsi gerarchici da un organo collegiale a un organo individuale, o viceversa, nè da un organo collegiale a un altro.

Il caso paradigmatico e più diffuso di relazione gerarchica si ha tra il Ministro e gli organi burocratici individuali — generalmente periferici (ma non di rado anche centrali: si pensi specialmente ai direttori generali delle Amministrazioni autonome; ma non ad essi soltanto) (1) — appartenenti all'Amministrazione cui quel Ministro presiede (Prefetti, Intendenti di finanza, Provveditori agli studi, Medici e Veterinari provinciali, ecc.). E l'enorme maggioranza dei casi di ricorsi gerarchici in cui ci si imbatte nei repertori di giurisprudenza riguarda appunto l'impugnativa di atti di questi organi davanti al Ministro.

Non mancano poi casi in cui i gradi della gerarchia sono più di due, e perciò i gradi di ricorso gerarchico sono più d'uno. Casi del genere si incontrano, ad esempio, nell'ambito dell'Amministrazione militare, di quella della pubblica sicurezza, di quella della pubblica istruzione. Talvolta però, anche quando i gradi della gerarchia siano più, la legge prevede un solo grado di ricorso gerarchico (art. 357 T. U. leggi sanitarie).

Da quanto precede risulta che, mentre gli atti degli organi individuali che abbiano un superiore gerarchico di regola non sono « definitivi » — e cioè non rappresentano necessariamente l'ultima parola dell'Amministrazione sulla questione di cui trattasi (v. *Ricorso*

(1) Vedi, per es., C. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 1964, n. 1579.

amministrativo) —, di regola hanno invece carattere di definitività (salvo i non molti casi di ricorso gerarchico improprio) gli atti posti in essere da organi (come i Ministri) posti al sommo di una scala gerarchica o comunque non aventi (come i Sindaci) un superiore gerarchico (organi tra i quali generalmente rientrano quelli collegiali).

5. A parte i casi in cui l'organo che provvede si trovi a non avere, nel quadro dell'organizzazione amministrativa, un superiore gerarchico, esistono però altri casi di atti amministrativi definitivi: casi in cui, per volontà espressa o implicita della legge, il carattere della definitività viene attribuito ad atti di organi che pur sono inquadrati in un sistema gerarchico e hanno, in sede organizzatoria, organi superiori.

Non può dirsi ancora ben chiaro (nè è necessario approfondire in questa sede) entro quali limiti il carattere definitivo dell'atto venga, in simili casi, a circoscrivere, con riferimento alla materia nella quale è prevista la definitività, i poteri del superiore gerarchico (o, *rectius*, sia espressione della contrazione di questi), per quanto sembri da escludere che, in via di principio (pur dovendosi ritenere mancante il potere di impartire ordini), sia da considerare assolutamente assente ogni posizione di supremazia (le disposizioni dei due ultimi commi dell'art. 6 T. U. pubbl. sic., tra loro correlate, non sono però in grado, per sè sole, di conferire argomenti nè alla tesi qui accolta, potendosi eventualmente opporre, a chi volesse dall'ult. comma argomentare in favore di essa, che *ubi lex voluit dixit*, nè alla tesi opposta, giacchè l'ultimo comma ben potrebbe essere espressione di un principio generale). Comunque è certo che la definitività comporta che in simili casi l'atto non possa essere impugnato in sede gerarchica, e possa esser denunciato immediatamente (e solo) in sede giurisdizionale o mediante ricorso straordinario.

Quando una legge predica espressamente il carattere definitivo di un atto vuol dire che — in deroga alla regola generale — il legislatore ha ritenuto conveniente escludere che nella materia in questione il superiore gerarchico abbia a interloquire, su istanza degli interessati, nell'assetto impresso, dall'organo na-

turalmente competente, agli interessi (pubblici e privati) implicati nel caso. Vuol dire cioè che considera esaustiva, per ciò che riguarda i soggetti particolari, la definizione del caso nella sede naturale, con la conseguenza che gli interessi implicati non possano ulteriormente, in altra sede della stessa Amministrazione, essere messi in discussione e posti a confronto con altri interessi privati o pubblici. Questi concetti la giurisprudenza ha inteso esprimere, in sostanza, quando (con riferimento ai provvedimenti definitivi « impliciti », di cui tra breve si dirà) ha affermato — come è solita fare — che la definitività degli atti di organi aventi un superiore gerarchico corrisponde a casi in cui l'organo inferiore è da considerare portatore di una competenza « esclusiva » nella materia (e cioè di una competenza della quale l'organo superiore non può essere ritenuto partecipe).

Tra i numerosi casi di atti di organi inseriti come « inferiori » in un ordine gerarchico, che una legge dichiara definitivi, possono esser ricordati, a titolo di esempio: i provvedimenti prefettizi in materia di requisizione d'urgenza (L. 30-XI-1950, n. 996); i provvedimenti prefettizi in materia di visto di esecutività dei contratti degli enti locali (art. 296 T. U. Com. e Prov. del 1934); buona parte dei provvedimenti prefettizi in materia di servizi esattoriali (art. 153 T. U. 15-V-1963, n. 858); molti provvedimenti prefettizi in materia di pubblica sicurezza (art. 67, 132, 141 T. U. pubbl. sic.); molti provvedimenti dell'autorità sanitaria provinciale (per es., art. 37, 50, 57, 60, 75, 105, 109, 129, 144, 161, 188, 188 *bis*, 189, 193, 194, 199, 231, 265, 324 T. U. leggi sanitarie); buona parte dei provvedimenti dei Provveditori per le opere pubbliche (vedi art. 1 D. P. 30-VI-1955, n. 1534); i provvedimenti dell'Intendente di finanza di decisione dei ricorsi contro gli atti esecutivi dell'esattore (art. 208 T. U. 29-I-1958, n. 645, sulle imp. dirette).

In materia la legislazione ha seguito, nei tempi a noi più vicini, due tendenze diverse: una certa propensione verso la non definitività, nel periodo tra le due guerre, caratterizzato da un accentuato centralismo; una certa propensione (peraltro realizzata meno di quanto sia stata proclamata) verso la definitività

nel successivo periodo, tuttora perdurante, in cui, con la Costituzione repubblicana, essa si è venuta orientando — almeno nelle intenzioni dichiarate — in senso decentrativo (vedi l'art. 8 L. 11-III-1953, n. 150) (1).

A queste tendenze della legislazione si sono accompagnati, rispettivamente, due diversi orientamenti giurisprudenziali. In corrispondenza con la prima tendenza, si affermò, a partire dal 1935, un indirizzo della giurisprudenza nel senso di contenere la categoria degli atti di autorità « inferiori » da considerare — perchè rientranti, per interpretazione giurisprudenziale, nella competenza « esclusiva » di quest'ultima — definitivi nonostante la mancanza di espresse statuizioni legislative in tali sensi, e cioè la categoria dei cosiddetti provvedimenti definitivi « impliciti » (al riguardo la giurisprudenza ritenne artificiosamente di potere argomentare dalla formula dell'art. 5 T. U. Com. e Prov. del 1934 — ripetuta nell'art. 357 del T. U. delle leggi sanitarie dello stesso anno —, secondo la quale « salvo che la legge non disponga altrimenti » contro gli atti delle autorità governative inferiori è sempre ammesso il ricorso gerarchico; ed omise così, per ragioni di ideologia, di attribuire importanza al fatto che quella formula non aveva contenuto e funzione diversi da quelli della formula già enunciata nell'art. 328 T. U. Com. e Prov. del 1915, secondo il quale contro gli atti delle autorità inferiori è sempre ammesso il ricorso gerarchico « a meno che non sia diversamente stabilito »; e la dottrina ritenne di potersi uniformare a tale giurisprudenza, almeno con riferimento alla legislazione successiva al 1934, sul presupposto di una maggior cura mostrata in tale legislazione nell'affermare la definitività dei provvedimenti di autorità « in-

(1) A proposito di quest'ultima tendenza, vedi MARONGIU, *La direzione nella teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1963, pag. 28 e segg.; BERTI, *La definitività negli atti amministrativi* (*Arch. Giur.*, CLXVIII, 1965, 87 e segg.); BACHELET, *I ricorsi amministrativi nel sistema della giustizia amministrativa* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 271 e segg.). Nel senso che anche nella legislazione del 1954-55, realizzata in attuazione della legge di delega del 1953 cit. nel testo, i provvedimenti di organi inferiori non possono, nel silenzio della legge, esser considerati definitivi, vedi, per es., C. Stato, Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 7.

feriori », tutte le volte che una siffatta deroga alla regola generale del ricorso gerarchico fosse stata effettivamente voluta). Ma quell'indirizzo — che, pur coi suoi difetti, offriva il vantaggio di indicare un chiaro criterio di orientamento almeno per l'applicazione della legislazione dal 1934 in poi — è stato giustamente superato dalla tendenza — affermatasi nell'ultimo dopoguerra, in concomitanza coi nuovi orientamenti costituzionali e legislativi, e tuttora perdurante — a un ritorno in auge della categoria dei provvedimenti definitivi « impliciti ». Quest'ultima prospera perciò ormai rigogliosa, alimentata dalla linfa che assorbe dalla giurisprudenza. Ma questa (non sempre coerente e costante nella interpretazione di leggi vecchie e nuove) determina non poche incertezze e perplessità (1), le cui conseguenze riescono a essere attenuate soltanto dall'impiego giustamente liberale che i giudici sogliono fare dello strumento processuale dell'errore scusabile (v. *Ricorso amministrativo*, n. 8).

Tra i casi di provvedimenti che la giurisprudenza corrente considera definitivi « impliciti », si possono ricordare, a titolo esemplificativo: tutti i decreti prefettizi di espropriazione per pubblica utilità (e tra essi quelli di imposizione di servitù di elettrodotto), nonchè quelli ad essi preordinati e i provvedimenti di retrocessione, come pure i provvedimenti di occupazione d'urgenza di immobili (L. 25-VI-1865, n. 2359) (2); le ordinanze di necessità adottate dai Prefetti ai sensi dell'art. 19, 3° comma, T. U. Com. e Prov. del 1934 (3); i provvedimenti prefettizi in materia di approvazione dei regolamenti comunali dei mercati all'ingrosso (art. 9 L. 25-III-1959, n. 125) (4); i provvedimenti

(1) Uno dei campi in cui nella giurisprudenza recente più frequentemente si sono verificati contrasti è quello riguardante i provvedimenti del medico provinciale in materia di farmacie. L'orientamento è ora nel senso della esistenza di una regola generale di non definitività: vedi C. Stato, Ad. plen., 16 marzo 1966, n. 8. Per i precedenti vedi la nota redazionale alla stessa decisione (*Cons. Stato*, 1966, I, 417).

(2) In argomento la giurisprudenza è copiosa e costante.

(3) Vedi segnatamente le decisioni C. Stato, Sez. V, 24 gennaio 1947, n. 17 e 18. Viene esclusa invece la definitività dei provvedimenti prefettizi *ex* 5° comma dell'art. 19.

(4) C. Stato, Sez. V, 10 novembre 1962, n. 848.

prefettizi in materia di impianto ed esercizio di distributori di carburanti (art. 2 L. 23-II-1950, n. 170) (1); i provvedimenti prefettizi sull'orario di apertura degli esercizi di vendita (L. 16-VI-1932, n. 973) (2); i provvedimenti prefettizi in materia di ricovero d'urgenza di ammalati nei luoghi di cura (art. 79 L. 17-VII-1890, n. 6972) (3); i provvedimenti dei Procuratori della Repubblica in materia di rapporto d'impiego dei custodi delle carceri mandamentali, anche se non dichiarati espressamente tali dalla L. 29-XI-1941, n. 1405 (4); i provvedimenti con cui i Commissari per gli usi civici determinano il compenso spettante ai Comuni ai sensi degli art. 5 e 7 L. 16-VI-1927, n. 1766 (5) e i provvedimenti negativi previsti dall'art. 29 della stessa legge (6); vari provvedimenti di direttori generali ministeriali preposti ad Amministrazioni autonome (7) (va tenuto però presente che di regola siffatti provvedimenti non sono definitivi) (8).

---

(1) Vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 18 gennaio 1964, n. 18.

(2) C. Stato, Sez. V, 26 settembre 1964, n. 1128; Id., 2 novembre 1966, n. 1328.

(3) C. Stato, parere 22 marzo 1915 (*Riv. Amm.*, 1915, 468).

(4) C. Stato, Sez. V, 14 marzo 1951, n. 140; Id., 4 aprile 1952, n. 364.

(5) C. Stato, Sez. VI, 27 giugno 1950, n. 232.

(6) C. Stato, Sez. VI, 24 giugno 1964, n. 500.

(7) Vedi, per es., con riferimento all'Amministrazione delle ferrovie dello Stato, C. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 1951, n. 496; Id., 24 febbraio 1953, n. 62; Id., 12 maggio 1953, n. 237; Id., Sez. IV, 20 ottobre 1954, n. 601.

(8) È da segnalare che la giurisprudenza suole considerare non definitivi, quando l'organo abbia un superiore gerarchico, i provvedimenti di annullamento e revoca di propri atti definitivi adottati dall'organo stesso (vedi, per es., C. Stato, Sez. V, 18 gennaio 1964, n. 18; Id., 26 settembre 1964, n. 1136; Id., 11 marzo 1966, n. 436; vedi però, con riferimento a un caso di revoca per sopravvenute ragioni di merito, in senso opposto, Id., Sez. IV, 30 ottobre 1963, n. 650). Non sembra tuttavia che tale orientamento sia nel giusto. È vero che nell'esercizio dei poteri di annullamento e di revoca l'autorità amministrativa si imbatte in talune limitazioni, non potendo esercitare i poteri stessi se non in presenza di particolari condizioni (e segnatamente di uno specifico interesse pubblico alla caducazione del primo atto). È da ritenere però pacifico che nell'esercizio dei poteri stessi l'autorità, pur operando in sede di autotutela, agisce nelle funzioni di amministrazione attiva, e al servizio di quei medesimi interessi in vista dei quali pose in essere l'atto di primo grado.

In sostanza lo sforzo della giurisprudenza è volto a espungere dalla copiosa serie dei provvedimenti di autorità « inferiori » quelli — e taluni di essi hanno dietro di sè una tradizione giurisprudenziale ormai secolare — posti in essere nella cura di interessi che dall'ordinamento risulti essere stati voluti confidare in modo pieno ed esclusivo — di volta in volta per il carattere accentuatamente locale, per la particolare urgenza delle circostanze e l'irreversibilità delle misure, per l'esaustività e intrasmissibilità delle conoscenze acquisite attraverso la procedura del caso, ecc. — alla competenza di quelle autorità. La difficoltà è rappresentata però dalla mancanza di criteri universali e univoci nell'accertamento dell'intento legislativo di conferire in via « esclusiva » a un'autorità « inferiore » la cura di certi interessi. Per cui, salvo che in casi di estrema evidenza, in buona parte consacrati da una giurisprudenza consolidata, le decisioni dei giudici raramente riescono a essere esaurienti e soddisfacenti, meritando piuttosto di essere inquadrate nel fenomeno (tradizionale, del resto, nella giurisdizione amministrativa, appunto per via delle carenze legislative) della giurisprudenza pretoria. Nè, data la varietà della casistica, la dottrina è finora riuscita, nonostante i suoi sforzi, persino preziosi, anche recentissimi (1), a

(1) L'ultimo, fine tentativo, è quello di BERTI, *La definitività* cit., pag. 150 e seguenti. In argomento vedi inoltre CAMMEO, *La definitività degli atti amministrativi* (*Giur. It.*, 1911, III, 1 e segg.); TOMMASONE, *Il provvedimento definitivo per l'esperibilità del ricorso alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato* (*Riv. Dir. Pubbl.*, 1912, II, 417 e segg.); ID., *Sulla definitività degli atti amministrativi* (*Foro Amm.*, 1925, I, 1 e segg.); DE GENNARO, *Contro i provvedimenti definitivi impliciti* (*Rivista Dir. Pubbl.*, 1936, I, 177 e segg.); LUCIFREDI, *Nuovi indirizzi giurisprudenziali in materia di provvedimenti definitivi* (*Foro It.*, 1936, III, 97 e segg.); ID., *Ritornano i provvedimenti definitivi impliciti* (*Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, XVII, 407); GIANNINI, *Intorno agli atti amministrativi definitivi impliciti* (*Giur. It.*, 1940, III, 125 e segg.); MIELE, *In tema di provvedimenti definitivi impliciti* (*Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, II, 775); PIRAS, *Brevi appunti sui provvedimenti definitivi* (*Ibid.*, 1950, III, 778 e segg.). Vedi anche RAGNISCO e ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954, pag. 199 e segg., e, per la giurisprudenza, SIMONCELLI, *Giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di definitività implicita degli atti amministrativi* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, 532 e segg.).

trovare formule idonee ad abbracciare l'intero fenomeno nell'ambito di criteri obiettivi.

6. Torniamo ora ai casi in cui un ricorso gerarchico è ammesso, per soffermare l'attenzione su taluni problemi concernenti la legittimazione alla decisione di esso nell'ambito degli organi a struttura interna complessa, le conseguenze dell'inosservanza, nel caso di organi di tal fatta, del sistema di ripartizione delle attribuzioni, l'ammissibilità, sempre nel medesimo caso, di un ricorso gerarchico dall'una all'altra delle unità componenti l'organo.

Qui bisogna, una volta di più, prendere a paradigma l'organizzazione ministeriale. I Ministeri rappresentano infatti l'esempio classico dell'organo a struttura interna complessa. Il singolo dicastero ha per capo il Ministro e si articola in vari uffici — direzioni generali, ispettorati, divisioni, ecc. — (v. *Ministeri*). In seno a tale sistema — la cui complessità è arricchita dall'esistenza della possibilità di utilizzare come vicari del Ministro i Sottosegretari di Stato, e in taluni Ministeri dalla presenza di un segretario generale —, salvo i casi delle direzioni generali relative a settori ministeriali dotati di autonomia amministrativa (FF.SS., A.N.A.S., ecc.), per regola generale (alla quale però gli art. 155 e segg. T. U. 10-I-1957, n. 3, hanno apportato talune deroghe per le materie di minore rilievo), l'ufficio dotato di competenza esterna, e cioè attraverso il quale il Ministero si esprime — e quindi l'*organo* di quella entità composita che è il Ministero — è il Ministro, mentre gli uffici a lui sottoposti e i Sottosegretari rimangono privi di rilevanza esterna. Il Ministro può però delegare (*ad personam*) talune delle sue attribuzioni ai Sottosegretari di Stato (art. 2 D-L. 10-VII-1924, n. 1100; ma la norma risale all'art. 2 R. D. 1°-III-1888, n. 5247), e, per recente disposizione, ai direttori generali e ai direttori di divisione (art. 155 e 157 T. U. 10-I-1957, n. 3), mentre può delegare, per antico precetto, ai direttori generali la firma (art. 15 R. D. 23-X-1853, n. 1611), o anche autorizzarli, secondo una prassi ugualmente remota (ed estesa ai segretari generali), a firmare « d'ordine » suo (1). Ciò comporta che anche i Sottosegretari, i

(1) Sulla distinzione, vedi ARU, *Il problema della firma* (Relazione alla tavola rotonda dedicata al problema della firma

direttori generali e i direttori di divisione (come pure i segretari generali), pur non essendo, per regola (a parte i casi dei direttori generali di Amministrazioni autonome), organi esterni, possono tuttavia — di volta in volta per titolo proprio o per delega — esercitare certe limitate competenze ministeriali, e cioè agire come *organi* del Ministero (1). Anzi, secondo una interpretazione dell'art. 158 T. U. 10-I-1957, n. 3, potrebbero esser delegate competenze esterne persino ai direttori di sezione (2). Siccome il Ministero è però uno — e cioè costituisce una sola entità — si ritiene tradizionalmente che, da qualsiasi delle articolazioni di esso provenga, l'atto posto in essere nei rapporti esterni dal titolare di un ufficio ministeriale sia, sempre e allo stesso modo, da considerare l'unica e ultima espressione della volontà ministeriale nella fattispecie concreta, tanto se sia stato emanato nel quadro della competenza esterna del funzionario o sulla base di una legittima delega, quanto se, per avventura, sia stato emanato fuori della legittima sfera di attribuzioni del suo autore, e senza una valida delega, o addirittura senza alcuna delega (3).

---

dei direttori generali, organizzata dall'Istituto per il progresso dell'amministrazione pubblica, Roma, 6 luglio 1962) (*Atti del Convegno*, Milano, 1965, pag. 73 e segg.), nonchè SANDULLI, *Intervento alla stessa tavola rotonda* (*Ibid.*, pag. 95 e segg.).

(1) « Quando si dice che il Ministero ha operato in un certo senso — si legge nel parere C. Stato, Ad. gen., 26 giugno 1952, n. 272 —, deve intendersi che così ha deliberato il Ministro o l'autorità da lui delegata » *Racc. Giur. Cons. Stato*, 1952, 1446).

(2) Vedi il parere C. Stato, Comm. spec., 31 maggio 1965, n. 94/1706 (*Cons. Stato*, 1966, I, 864).

(3) Vedi ancora l'importante parere citato alla nota 1, (particolarmente pag. 1448 e segg.), il quale contiene una approfondita disamina dei problemi trattati nel presente numero. Vedi anche, tra le altre pronunce, in termini generali, per esempio, C. Stato, Sez. IV, 18 marzo 1964, n. 241; Id., 27 maggio 1964, n. 635.

Nel senso della definitività dei provvedimenti firmati dal direttore generale « per il Ministro » (formula equivalente all'altra « d'ordine del Ministro »), vedi, per es., C. Stato, Sez. IV, 18 febbraio 1955, n. 137; Id., Sez. VI, 3 febbraio 1956, n. 88; Id., Ad. gen., 4 ottobre 1962, n. 563 (*Cons. Stato*, 1966, I, 168).

Nel senso della definitività dei provvedimenti esterni posti in essere al di là dei limiti dei suoi poteri da un ufficio interno facente parte dell'organo complesso competente, vedi, per

Altrettanto si verifica, ad es., nei rapporti tra Prefetto, Viceprefetto e uffici interni della Prefettura, nonchè nei rapporti tra Sindaco, assessore delegato e uffici interni del Comune (1), e, in generale, nei rapporti tra amministratori e uffici interni degli altri enti pubblici (2).

I concetti svolti implicano che — a parte i casi degli atti esterni posti in essere per competenza propria dai direttori generali di Amministrazioni autonome (i quali per lo più non sono definitivi) — gli atti ministeriali posti in essere nei rapporti esterni dal Sottosegretario, dal direttore generale, dal direttore di divisione o da un altro funzionario del Ministero, tanto nell'ambito delle competenze loro proprie, come nell'esercizio di poteri delegati dal Ministro (o utilizzando la delega della firma di quest'ultimo o firmando d'ordine suo), e persino invadendo i poteri del Ministro (non importa, in quest'ultimo caso, se dichiarando di agire in base a poteri propri o per delega o d'ordine del Ministro), siano da considerare, tutti allo stesso modo — anche se illegittimi —, come atti definitivi, non differenziandosi, sotto il profilo in esame, dagli atti del Ministro (3). Nè sembra possibile escludere dalla regola i casi in cui l'organo burocratico agisca, eccezionalmente (come nelle ipotesi contemplate dagli art. 155 e 157 sopra cit.), nell'esercizio di una competenza propria (4). Da un lato il principio tradizionale dell'unità della struttura e delle attribuzioni ministeriali (la quale, a parte i casi di settori amministrativi dotati di competenze auto-

---

esempio, C. Stato, Sez. IV, 19 giugno 1957, n. 695; Id., 27 febbraio 1963, n. 114; Id., 17 settembre 1965, n. 554; e, con riferimento al caso in cui l'atto sia stato posto in essere da un direttore generale, Id., Sez. VI, 18 marzo 1964, n. 562.

(1) Cfr., con riferimento ai casi di supplenza, in generale, CIANFLONE, *La supplenza nelle funzioni amministrative*, Milano, 1955, pag. 69.

(2) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 11 luglio 1962, n. 527.

(3) Vedi, per es., C. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 1951, n. 442; Id., Sez. IV, 21 maggio 1954, n. 339.

(4) Forse una indicazione in senso opposto si può rintracciare nella motivazione della decisione C. Stato, Sez. IV, 27 febbraio 1963, n. 114 (*Foro Amm.*, 1963, I, 658); ma vedi ora, nel senso del testo, il parere Id., Comm. spec., 31 maggio 1965, n. 94/1706, cit. alla nota 2, pag. precedente.

nome, fa pensare al Ministero come entità unica anche se pluricipite), dall'altro il carattere « elementare » delle competenze burocratiche di cui qui trattasi, sembrano infatti non consentire tale esclusione. Onde, nei casi riferiti, gli atti del direttore di divisione, del direttore generale, ecc., non possono formare oggetto di ricorso gerarchico.

7. Spostandoci ora nel campo della gerarchia esterna — e cioè dei rapporti di subordinazione tra organi esterni — sono da considerare altri delicati aspetti della tematica del ricorso gerarchico.

Il primo di essi riguarda la ricorribilità davanti al superiore gerarchico avverso gli atti posti in essere dall'organo inferiore per ordine, istruzione o suggerimento, ovvero per delega del primo (si avverta che la non ricorribilità potrebbe qui anche non coincidere con la definitività in quei casi in cui, essendo la scala gerarchica costituita da tre o più organi, ed essendo l'organo che abbia provveduto quello di grado più basso, l'atto potrebbe comunque esser portato davanti al superiore gerarchico di quello che abbia impartito l'ordine, le istruzioni o i suggerimenti, o conferito la delega).

Quando si tenga presente che i ricorsi amministrativi hanno come funzione essenziale (pur se non esclusiva) di consentire agli interessati di far sentire e far valere in sede di reclamo, in difesa dei loro interessi, la loro voce, sul presupposto che essa non abbia avuto modo di esser fatta valere o di essere fatta valere sufficientemente nel procedimento sfociato nel provvedimento impugnato (v. *Ricorso amministrativo*, n. 2) sembra che la soluzione del quesito, se possano formare oggetto di ricorso davanti all'organo immediatamente superiore gli atti posti in essere per ordine, istruzione o suggerimento di esso, debba essere necessariamente positiva (1). Il fatto che l'organo su-

(1) La giurisprudenza è orientata nel senso del testo per ciò che riguarda i consigli o pareri forniti dagli organi superiori, mentre per quanto riguarda gli ordini l'orientamento è in senso opposto. Vedi il citato parere C. Stato, Ad. gen., 26 giugno 1952, n. 272, *loc. cit.*, 1451, e i precedenti ivi ricordati; con riferimento agli atti emanati per consiglio del superiore, vedi inoltre, nei sensi del testo, per es., Id., Sez. V, 2 dicembre 1958, n. 925, con indicazione di altri precedenti; Id., Sez. VI, 2 maggio

periore abbia impartito ordini, suggerimenti, istruzioni, non sta a significare che esso abbia già pienamente conosciuto e adeguatamente soppesato le ragioni degli interessati; perciò la funzione del ricorso gerarchico, non essendo stata assolta, non può essere obliterata.

Diversa è la soluzione da dare al quesito se sia dato ricorso gerarchico dal delegato al delegante (nell'ipotesi qui considerata viene in questione — diversamente dai casi considerati al numero precedente — una delega non alla persona, ma all'organo). Quando vi sia stata una delega, è chiaro che il delegato (o perciò, nella specie, l'organo delegato) opera nell'esercizio di poteri non suoi, e più precisamente nell'esercizio dei poteri del delegante (e secondo le regole proprie di tale esercizio). Se così è, avendo l'organo delegato operato, nel caso che interessa, nella medesima veste e funzione in cui avrebbe potuto e dovuto operare quello delegante, e, per regola, secondo le stesse norme, la possibilità di un ricorso gerarchico è da escludere, non solo quando non esista, ma anche quando esista, una posizione di superiorità gerarchica del delegante rispetto al delegato (1).

1951, n. 213; Id., 14 maggio 1965, n. 307; con riferimento agli atti emanati per istruzione del superiore, cfr., per es., Id., Sez. VI, 3 ottobre 1949, n. 117; Id., 17 ottobre 1951, n. 473; Id., 28 dicembre 1963, n. 1074, e, in dottrina, già FORTI, *I provvedimenti interni dell'Amministrazione e il ricorso gerarchico* (1906) (*Studi di diritto pubblico*, vol. II, Roma, 1937, pag. 126 e segg.), in nota a un'antica decisione in senso opposto (in quest'ultimo senso vedi, da ultimo, C. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 1949, n. 122); nel senso della non definitività degli atti posti in essere sulla base di una circolare del superiore gerarchico, vedi Id., Sez. VI, 27 ottobre 1963, n. 472; nel senso della definitività degli atti posti in essere sulla base di puntuali disposizioni dell'organo superiore, vedi invece, per es., Id., Sez. IV, 22 gennaio 1964, n. 14; Id., Sez. VI, 27 ottobre 1964, n. 729; Id., 14 dicembre 1965, n. 929.

(1) Vedi, in senso opposto, con riferimento a entrambe le ipotesi, il più volte ricordato parere C. Stato, Ad. gen., 26 giugno 1952, n. 272 (*loc. cit.*, pag. 1449 e segg., con indicazione di precedenti nel medesimo senso), nonchè Id., Ad. gen., 5 marzo 1953, n. 266 (*Cons. Stato*, 1953, I, 2094); Id., Sez. V, 28 giugno 1957, n. 484 (contenente l'indicazione di altri precedenti); Id., Sez. VI, 15 febbraio 1961, n. 63; Id., 18 dicembre 1963, n. 1027. L'inesattezza della tesi giurisprudenziale è confermata dalle illazioni che la stessa giurisprudenza ne trae, affermando, ad esempio, che, conferita da un organo la delega a un organo

A maggior ragione non potrà aversi, poi, un ricorso gerarchico nell'ipotesi — inversa rispetto a quella della delega — in cui l'organo superiore abbia avocato a sè l'esercizio di poteri di spettanza di quello inferiore (1). E altrettanto dicasi riguardo all'ipotesi in cui il primo abbia operato sostituendosi al secondo (2).

Neppure potrà aversi un ricorso gerarchico da un organo al superiore gerarchico in quei casi in cui la legge chiami quest'ultimo ad approvare i provvedimenti del primo (per es., art. 29 L. 16-VI-1927, n. 1766, sul riordinamento degli usi civici).

---

che non sia ad esso subordinato, il provvedimento (di competenza del primo) adottato dal secondo dovrebbe essere impugnato davanti al superiore gerarchico di quest'ultimo (parere 26 giugno 1952, n. 272, *loc. cit.*, pag. 1450, e decisione C. Stato, Sez. V, 30 giugno 1939, n. 491, ivi citato insieme ad altri precedenti nei medesimi sensi). L'argomento, poi, che la giurisprudenza suole dedurre in favore della proponibilità del ricorso gerarchico avverso il provvedimento posto in essere in base a delega del superiore, dal fatto che chi delega non si spoglia totalmente dei propri poteri (per es., C. Stato, Sez. V, 28 giugno 1957, n. 484 cit.), appare tutt'altro che decisivo: se è vero che il delegante, oltre ai poteri di direttiva, di vigilanza e di avocazione (*rectius*, di revoca della delega), possiede poteri di revisione (e quindi di annullamento e di revoca) in ordine all'operato del delegato, non è però esatto che questi ultimi poteri possano comportare, in mancanza di disposizioni in senso contrario (cfr., implicitamente, DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, vol. I, Padova, 1931, pag. 306), la possibilità di mezzi giuridici come il ricorso gerarchico (cfr. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, 3ª ediz., Padova, 1959, pag. 248; *contra*: MIELE, voce *Delega* (Diritto amministrativo) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, 1962, pag. 916), i quali, per la loro stessa natura e funzione e per le implicazioni di ordine processuale che questa comporta (impedendo l'immediata impugnabilità dell'atto in sede giurisdizionale), non possono essere ammessi, contro l'atto che provveda a un regolamento di interessi in una data materia, al di là dei casi in cui la legge li preveda. Del resto la tesi respinta proverebbe troppo: se essa fosse esatta, dovrebbe conseguirne infatti la proponibilità (unanimemente esclusa: vedi, per tutti, MIELE, voce *Delega* (Diritto amministrativo) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XI, 1962, pag. 914), del ricorso gerarchico persino in quei casi in cui manchi un rapporto di gerarchia (in contrasto, tra l'altro, con l'indirizzo giurisprudenziale seguito dall'Ad. gen., 26 giugno 1952, n. 272 cit., e dalla Sez. V, 30 giugno 1939, n. 491 cit., più sopra ricordato).

(1) Cfr. RAGNISCO e ROSSANO, *I ricorsi amministrativi* cit., pag. 209.

(2) Cfr. RAGNISCO e ROSSANO, *op. cit.*, pag. 210.

Un altro punto da considerare con riferimento ai casi di gerarchia esterna riguarda il regime dell'impugnabilità in sede gerarchica dei provvedimenti posti in essere da un'autorità diversa da quella competente. In proposito la giurisprudenza è esattamente orientata nel senso che tale regime non può essere se non quello proprio degli atti dell'organo che abbia provveduto: se contro tali atti è ammesso un ricorso gerarchico (o di altro genere) tale sarà, necessariamente, anche il regime del provvedimento in questione; se quegli atti sono invece definitivi, dovrà esser considerato definitivo (e quindi sarà immediatamente impugnabile in sede giurisdizionale) anche il provvedimento in questione (1).

Nell'ipotesi, poi, che gli atti dell'organo di cui trattasi siano sottoposti a differenti regimi (essendo alcuni non definitivi e altri definitivi, alcuni impugnabili in una sede e altri in una sede diversa), il regime del provvedimento in questione dovrà essere individuato per affinità (e cioè con riferimento alla categoria più vicina), e, in mancanza, non potrà essere se non quello corrispondente alla regola generale.

8. È noto che il sistema gerarchico dell'organizzazione amministrativa, legato al passato dello Stato accentrato, è attualmente in crisi (2). Nel presente regime democratico, che vuole ispirarsi a un accentuato pluralismo, e vuole caratterizzarsi per la tendenza alle autonomie e al decentramento, altre forme organizzatorie appaiono più consone ai rapporti tra i vari centri di potere, e anche ai rapporti tra gli organi non di vertice. Alle esigenze di coordinamento tra i diversi centri di potere si tende ormai a far fronte, anzichè attraverso il comando e l'ubbidienza, attraverso le direttive, le istruzioni, i « concerti », le « intese », la partecipazione degli organi aventi competenze diverse a collegi o a « conferenze di servizi » destinati a raccogliere l'eco dei differenti interessi da essi rappresentati e ad armonizzarli tra loro.

---

(1) Cfr., per es., C. Stato, Sez. V, 22 ottobre 1955, n. 1277; Id., Sez. IV, 17 settembre 1965, n. 554.

(2) Vedi, per es., ALLEGRETTI, *L'imparzialità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1965, pag. 324; BACHELET, *I ricorsi amministrativi* cit., pag. 271.

La possibilità che l'esigenza di consentire ai soggetti interessati di far sentire la propria voce all'Amministrazione prima che essa provveda in modo definitivo, nelle singole materie, all'assetto dei diversi interessi implicati e di soppesare le ragioni così addotte raffrontandole con le proprie ragioni e con gli interessi affidati alle sue cure — esigenza che rappresenta attualmente la più valida giustificazione dell'istituto del ricorso gerarchico (come della generalità dei ricorsi amministrativi ordinari) —, ha, d'altro canto, modo di esser soddisfatta per altre vie, più consone a un ben inteso contemperamento delle posizioni soggettive dei singoli e della collettività che entrino in conflitto. L'esperienza, ormai nè recente nè ristretta, di altri paesi, vari per tradizione culturale e per forme istituzionali, ha dimostrato che la forma più soddisfacente, tanto per l'Amministrazione come per i singoli, per far fronte a tale esigenza è quella di consentire a questi ultimi di essere presenti nel procedimento di formazione dell'atto amministrativo (1). E su tale strada la realizzazione delle istanze democratiche che sono alla base del nostro sistema politico esige che si incammini anche il nostro Paese, al di là dei timidi e stentati passi finora compiuti in tale direzione.

Se a quanto precede si aggiunge la cattiva prova che ha fatto, da noi, il ricorso gerarchico — il quale, così come funziona nella realtà, opera, più che come uno strumento di giustizia a disposizione dei soggetti particolari, come uno strumento a disposizione dell'Amministrazione per rallentare, in pregiudizio di quelli, il cammino della giustizia (v. *Ricorso amministrativo*, n. 14) —, risulta chiaro che la crisi dell'istituto del ricorso gerarchico somma, a quella del sistema gerarchico in sè e per sè, una sua propria particolare gravità. La quale dà ragione degli unanimi attacchi che la dottrina e l'opinione pubblica appuntano ormai da tempo — e sono stati raccolti in taluni progetti

(1) Circa l'interpretazione dell'esigenza dei ricorsi amministrativi ordinari come modo di far fronte alla mancata soddisfazione dell'esigenza di dar soddisfazione agli interessi dei privati in sede di procedimento amministrativo, vedi BERTI, *La definitività* cit.

di riforma legislativa — contro la preclusione della via della giurisdizione amministrativa a chi non abbia prima battuto quella del ricorso gerarchico (1).

È da prevedere — e da auspicare — perciò che i prossimi anni non passino lasciando immune questo vecchio e, per più versi, non più apprezzabile istituto.

(1) Al riguardo si fa rinvio alle indicazioni in nota alla voce *Ricorso amministrativo*, n. 14.

Atti della Corte dei conti e sindacato giurisdizionale*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana***
Torino, 1972, III, 1, col. 464-470

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 giugno 1972 n. 501, *ibid.*, col. 464; le massime sono riportate alla pagina seguente
** Estratto con paginatura autonoma

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV: 6 GIUGNO 1972 N. 501; PRES. UCCELLATORE, EST. IANNOTTA; PACIA (AVV. C. CARBONE) - SEZIONE CONTROLLO CORTE DEI CONTI E CONSIGLIERE DELEGATO AL CONTROLLO ATTI REGIONE AUTONOMA FRIULI-VENEZIA GIULIA (AVV. DELLO STATO CARAFA) C. REGIONE AUTONOMA FRIULI-VENEZIA GIULIA (N. C.).

Il diniego di visto da parte della Corte dei conti all'atto amministrativo di una regione a statuto speciale, ove non sia seguito dall'adesione, ma dalla sola comunicazione dell'Amministrazione regionale all'interessato, del diniego stesso, è impugnabile innanzi al Consiglio di Stato ex se.

Rientrano nel trattamento economico spettante al personale comunque comandato presso la Regione Friuli-Venezia Giulia, oltre lo stipendio e le indennità che partecipano della natura di questo (assegno di famiglia e indennità integrativa), anche quelle altre che in via continuativa, pur se in misura non fissa, siano corrisposte dall'Amministrazione di provenienza, anche se in relazione ad effettive prestazioni di servizio.

1. Questa sentenza di eccezionale interesse merita segnalazione, ma non può essere condivisa nella sua affermazione piú originale e di maggiore spicco: quella della impugnabilità davanti al Consiglio di Stato delle determinazioni della Corte dei conti in sede di controllo[1]).

---

[1]) Tale affermazione può esser considerata espressione della dinamica di assestamento dei pubblici poteri nella fase iniziale del nuovo assetto ad essi impresso dall'ordine instauratosi con la costituzione repubblicana. In tale dinamica il Consiglio di Stato, mentre ha, con proprietà, differenziato la propria posizione (e quella della Corte dei conti) rispetto alla posizione dell'Avvocatura dello Stato (la quale non è un Potere dello Stato, essendo preposta a una funzione meramente accessoria e strumentale rispetto all'azione amministrativa) (parere Ad. gen. cit. piú avanti, alla nota 3), si è lasciato portare, da una spinta sociologica connaturale ai rapporti tra i centri di potere, ad affermare (a nostro avviso, impropriamente) una certa sua posizione di preminenza funzionale nei confronti di altri organi, cui in base alla Costituzione è da riconoscere la posizione di autonomi Poteri dello Stato, pretendendo di assoggettarne l'azione alla propria giurisdizione, nonostante che non facciano parte della Pubblica Amministrazione (al sindacato della cui azione gli artt. 103 e 113 Cost. limitano la giurisdizione del Consiglio di Stato).

Ciò è avvenuto dapprima nei confronti di quegli atti (considerati preparatori) del Consiglio sup. della Magistratura, che culminano in provvedimenti governativi (giurisprudenza costante, a partire dalla decisione IV Sez., 12 marzo 1962, n. 248, in *Cons. Stato*, 1962, I, 447, a proposito della quale v. criticamente, con altre indicazioni, SANDULLI, *Il giudizio davanti al Cons. di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 66 e segg., nota; tale orientamento è stato condiviso dalla sentenza della Corte costituzionale, 14 maggio 1968, n. 44, in *Giur. cost.*, 1968, 672, evidentemente ispirata dall'esigenza pragmatistica di non far mancare un valido riscontro giurisdizionale all'azione del C. S. M. in una fase in cui essa veniva fatta diffusamente oggetto di certe non immeritate critiche di fondo). Successivamente il Consiglio di Stato è giunto ad affermare il proprio

Vi osta la non appartenenza della Corte dei conti alla Pubblica Amministrazione e perciò l'estraneità dei suoi atti alla materia regolata dagli artt. 103 e 113 Cost. e dagli artt. 26 e 29 T. U. Cons. Stato, riflettenti la competenza giurisdiizonale del Consiglio stesso. Tale materia riguarda gli atti delle Pubbliche Amministrazioni e certi rapporti in cui una Pubblica Amministrazione sia parte. Ma nel nostro ordinamento costituzionale la Corte dei conti, lungi dall'essere una Pubblica Amministrazione o dall'appartenere all'apparato di una Pubblica Amministrazione [2]), è collocata in una posizione di indipendenza rispetto al Governo (art. 100, 2° e 3° comma, Cost., inserito nella Sezione III del titolo III, intestata agli « organi ausiliari », comprensivi, insieme alla Corte, del C.N.E.L. e del Consiglio di Stato), mentre al Governo fa capo l'apparato dell'Amministrazione statale e ne dipende (vedi gli artt. 97 e 98, compresi nella sezione II dello stesso titolo III, intestata alla « Pubblica Amministrazione »).

Oltre a non essere Pubblica Amministrazione, la Corte non è neppure « parte » nei rapporti della Pubblica Amministrazione e con la Pubblica Amministrazione. Prescindendo dalla funzione giu-

---

sindacato giurisdizionale persino nei confronti di atti definitivi ed autonomi (e perciò non destinati a esser travasati in un provvedimento governativo) dello stesso Consiglio superiore (IV Sez., 18 maggio 1971, n. 567, in *Giur. ital.*, 1971, III, 1, 531, con ampia nota redazionale). Ora afferma addirittura (per la prima volta nella lunghissima storia della convivenza dei due Istituti che presiedono alla legalità amministrativa) la soggezione al proprio sindacato giurisdizionale degli atti di controllo della Corte dei conti.

[2]) La riduzione della Corte a organo amministrativo è postulata nella decisione, offrendosi come dimostrazione il solo e insufficiente argomento negativo che la Corte non è organo del Parlamento.

Sulla connessione che esiste tra posizione della Corte quale appresso individuata nel testo e inoppugnabilità degli atti di controllo, pur se la Corte non sia organo del Parlamento e non si possa attribuire ad essa, nell'esercizio della funzione di controllo, carattere « costituzionale », v. SANDULLI, *In materia di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei conti e nei confronti degli atti di controllo della Corte*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1336. Sull'argomento della impugnativa degli atti di controllo della Corte possono richiamarsi gli studi di FORTI, *Corte dei conti e ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro ital.*, 1912, III, 308, e CAMMEO, *Il ricorso alla IV Sezione contro i provvedimenti conseguenti ad un rifiuto di registrazione da parte della Corte dei conti*, in *Giur. ital.*, 1915, III, 79. Dissente ANELLI, *Sulla sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti di controllo della Corte dei conti*, in *Foro amm.*, 1965, II, 71 e segg., con una prospettazione problematica, che perviene tuttavia ad affermare la inoppugnabilità, ammettendo peraltro la sindacabilità giurisdizionale (*incidenter tantum*) dell'atto di controllo.

risdizionale (che qui non interessa), anche nell'esercizio della funzione di controllo essa interviene *dall'esterno* sulla funzione amministrativa (dello Stato e di certe Regioni), a garanzia dell'ordinamento in quanto tale — e perciò in veste neutrale e imparziale —, e non in vista di questo o di quell'interesse generale o particolare della Pubblica Amministrazione (di questa o quella Pubblica Amministrazione), e cioè in vista di interessi « di parte » (infatti le singole Amministrazioni sono soggetti dell'ordinamento, e operano in seno a questo, come « parti », ispirate e mosse dagli « interessi » di cui ciascuna di esse è portatrice) [3]).

2. La decisione in rassegna appare ispirata dal commendevole intento di salvaguardare i diritti e gli interessi legittimi dei singoli che rischino di restare pregiudicati da una determinazione negativa della Corte dei conti in sede di controllo di un atto dell'autorità amministrativa che sia volto a far ragione a siffatte posizioni soggettive. Giustamente essa sottolinea l'importanza dei precetti degli artt. 24 e 113 Cost.

La salvaguardia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della Pubblica Amministrazione non ha modo, però, di scontrarsi con la funzione di controllo della Corte dei conti, operando esse su piani diversi e a garanzia di interessi diversi. La prima, a protezione delle rispettive posizioni soggettive, e perciò con riferimento ai reciproci rapporti tra i soggetti, in una prospettiva « intersoggettiva » (non solo il processo civile, ma anche quello amministrativo è un processo « di parti »). La seconda, a protezione dell'ordinamento nella sua obbiettiva e distaccata essenza, al di fuori e al di sopra delle parti e dei loro particolari interessi; e — quel che qui piú conta — senza minimamente interferire nel campo dei rapporti intersoggettivi. Le due garanzie operano su piani che istituzionalmente non si incontrano mai. Quello della Corte dei conti è un controllo di legalità, esercitato *ex officio* e destinato ad assicurare la corrispondenza dell'azione amministrativa all'ordinamento, indipendentemente dal fatto che tale azione si imbatta in posizioni soggettive altrui [4]).

---

[3]) Accoglie questa sistematica e la relativa tematica, la quale non risulta tenuta presente dalla decisione in rassegna, il parere Cons. Stato, ad. gen., 23 novembre 1967, n. 1237 (intervenuto nella procedura del ricorso straordinario Varvesi c. Avvocatura dello Stato), in *Cons. Stato*, 1967, I, 2349. A commento vedi JEMOLO, *L'avvocatura dello Stato*, in *Arch. giur.*, 1968, 258 e segg.; VILLATA, *Sulla natura del rapporto tra Presidenza del Consiglio dei Ministri ed Avvocatura dello Stato*, in *Foro amm.*, 1969, II, 26 e segg.

[4]) Sull'esigenza che il controllo di legalità venga esercitato, per essere genuinamente tale, da un organo in posizione obbiettiva e neutrale, v. SANDULLI, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 578.

Quando, però, un incontro dell'azione amministrativa con siffatte posizioni soggettive si verifichi, l'ordine costituzionale vuole che la garanzia giurisdizionale a tutela dei singoli prevalga — trattandosi di una garanzia assoluta, che non ammette esclusioni di sorta (artt. 24 e 113 citt.); sicché un conflitto tra i due pronunciati (aventi entrambi ad oggetto l'operato della Pubblica Amministrazione) non è neppure ipotizzabile, essendo, per costruzione, impossibile che essi (destinati come sono a operare su piani diversi e in funzione di interessi diversi) si incontrino mai. Il giudice deve conoscere dell'operato della Pubblica Amministrazione indipenderentemente dal fatto che esso abbia o no superato l'esame della Corte dei conti [5]). Né può valere in senso contrario il fatto che all'Ammini-

---

[5]) Costante la giurisprudenza del Consiglio di Stato nel ritenere « atto amministrativo impugnabile in sede giurisdizionale il provvedimento col quale l'Amministrazione comunica all'interessato di non poter dar corso ad un decreto, a causa del rifiuto di registrazione opposto dalla Corte dei conti » (tra le altre Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 1966, n. 562, in *Cons. Stato*, 1966, I, 1186; 4 ottobre 1963, n. 597, ivi, 1963, I, 1304, oltre alla fondamentale decisione dell'Ad. plen., 25 gennaio 1961, n. 1, in *Giur. ital.*, 1961, III, 193, con nota di JEMOLO; in *Giur. cost.*, 1961, 1487 e 1496, con note di NIGRO e D'ALBERGO; in *Giust. civ.*, 1961, II, 344, con nota di BORZELLINO).

Nel senso che, comunicando il rifiuto di registrazione da parte della Corte, l'Amministrazione fa propri i motivi addotti dalla Corte, Cons. Stato, Sez. VI, 8 novembre 1961, n. 841, in *Cons. Stato*, 1961, I, 841; 22 dicembre 1966, n. 985, *ivi*, 1966, I, 2346; Sez. IV, 6 luglio 1956, n. 781, in *Foro amm.*, 1957, I, 42.

Evitando queste suggestioni psicologistiche, possono ricordarsi le affermazioni (Sez. IV, 31 luglio 1963, n. 572, in *Foro ital.*, 1964, III, 64), con le quali, nel ritenere ammissibile il ricorso al Consiglio di Stato avverso l'atto con il quale l'Amministrazione comunica agli interessati di non poter dare corso ad un proprio provvedimento perché la Corte dei conti ne ha rifiutato la registrazione, il Consiglio di Stato, di fronte alla posizione assunta dall'Avvocatura dello Stato la quale affermava che trattavasi di un comportamento non imputabile all'Amministrazione (ma alla Corte dei conti) osservò: « a prescindere dalla considerazione che la stessa costituzione in giudizio dell'Amministrazione per resistere al ricorso starebbe a dimostrare un mutamento di quel benevolo intendimento, il collegio rileva che non occorre qui accertare la responsabilità o meno dell'organo d'amministrazione attiva e che perciò nessuna rilevanza ha l'elemento intenzionale. È sufficiente invero, perché sorga il diritto formale all'impugnazione, che esista obiettivamente un atto amministrativo, sia esso di contenuto positivo o negativo, che sia riferibile a un organo della Pubblica Amministrazione e che leda un interesse giuridicamente protetto di terzi. Non rileva, cioè, la circostanza che l'Amministrazione abbia ritenuto, a torto o a ragione, di non potere

strazione non è consentito dare esecuzione ai propri atti, soggetti al controllo preventivo della Corte dei conti, prima che questa si sia pronunciata.

È vero che, laddove non è ammessa la possibilità del « visto con riserva » (ed, oltrechè per gli atti delle Regioni, essa non è ammessa neanche per alcuni atti dello Stato: art. 25, 3° comma, T. U. 12 luglio 1934, n. 1214), la legge obbliga la Pubblica Amministrazione a conformarsi al responso sfavorevole della Corte dei conti, anche quando questo appaia manifestamente erroneo [6]). Ed è vero che può apparire antinomico che in tal caso l'Amministrazione sia tenuta (come nella fattispecie in rassegna) a subire in proprio le conseguenze pregiudizievoli che possano derivare da una successiva pronuncia giurisdizionale di senso opposto a quello seguito dalla Corte dei conti, e conforme proprio a quello condiviso dall'Amministrazione. Ma questo — il fatto cioè che l'Amministrazione sia tenuta per principio inderogabile a conformarsi, fino a un diverso pronunciato giurisdizionale, al punto di vista dell'organo posto istitu-

---

tenere un contegno diverso. Quel che conta è che l'Amministrazione col proprio atto abbia posto in essere una situazione tale da non consentire, in via definitiva, la realizzazione di quella posizione di vantaggio alla quale gli interessati aspiravano e che ora vedono invece irrimediabilmente preclusa ».

[6]) Non appare, quindi, conferente il richiamo operato nella decisione in rassegna ad una differente situazione esistente tra Amministrazione dello Stato e Amministrazioni regionali per essere la prima abilitata e le seconde no a richiedere la registrazione con riserva. Va ricordato che costituisce mera facoltà e non obbligo per l'Amministrazione il deferire al Consiglio dei Ministri gli atti dei quali sia stato ricusato il visto: Cons. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 1960, n. 1041, in *Cons. Stato*, 1960, I, 2372; Sez. IV, 31 luglio 1963, n. 572, in *Foro ital.*, 1964, III, 64; Ad. plen., 18 aprile 1968, n. 13, *ivi*, 1969, III, 285, salvo che per il caso di decisione di ricorso straordinario (Ad. plen., n. 1 del 1961, cit.).

Sulla registrazione con riserva, di recente, in dottrina CERETI, *Il controllo di legittimità sugli atti del Governo*, in *Studi per il centenario della Corte dei conti*, 79; GASPARRI, *Considerazioni sulla registrazione con riserva*, *ivi*, 155, per profili che non interessano nella prospettiva in esame; SANDULLI, *Manuale di dir. amm.* [10], Napoli, 1969, 236 e segg.

Sulla inapplicabilità alle Regioni dell'istituto della registrazione con riserva: Corte cost., 19 dicembre 1966, n. 121, in *Giur. ital.*, 1967, I, 1, 383, con nota di DI CIOLO.

Anche nei casi di rifiuto assoluto nei quali non è consentita la registrazione con riserva il Consiglio di Stato aveva ritenuto non esservi impugnativa dell'atto dell'organo di controllo, ma della nota ministeriale di mera comunicazione (Sez. VI, 7 dicembre 1960, n. 1041, in *Cons. Stato*, 1960, I, 2372).

zionalmente a guardia imparziale della legalità amministrativa — è un prezzo da pagare all'esigenza di un controllo universale di legalità; ed è compensato dal risparmio dei costi che la mancanza di un siffatto controllo universale comporterebbe sicuramente per l'Amministrazione e soprattutto per la comunità.

3. L'estraneità della Corte dei conti all'apparato della Pubblica Amministrazione e la sua indipendenza dal Potere esecutivo, non solo nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche nell'esercizio di quella di controllo, comporta che essa vada considerata come un Potere statale autonomo (ai fini dell'art. 134 Cost. e dell'art. 37 della L. n. 87 del 1953). Anzi tale sua posizione emerge appieno proprio nell'esercizio della funzione di controllo [7]), che è funzione di vertice, assolutamente insindacabile (onde una eventuale pronuncia giurisdizionale in senso difforme, nei confronti dell'atto che abbia formato oggetto del controllo, non potendo averla a proprio oggetto, non può considerarsi correttiva di essa). Invece nell'esercizio della funzione giurisdizionale la Corte dei conti è soggetta al sindacato della Corte di cassazione sotto il profilo del difetto di giurisdizione, e perciò, entro i limiti dell'osservanza dell'ambito della giurisdizione, la funzione stessa non può considerarsi di vertice e la Corte dei conti non è configurabile come Potere autonomo. Non è peraltro, da escludere in assoluto, probabilmente, la possibilità che la Corte dei conti, al pari del Consiglio di Stato, faccia valere la propria indipendenza rispetto alla Corte di cassazione, a difesa di quei limiti che l'art. 111 Cost. lascia esenti dal sindacato di questa (sì da rendere la Corte dei conti — così come il Consiglio di Stato —, nell'ambito di tali limiti, un Potere giurisdizionale a sé stante).

A quanto precede inerisce che la Corte dei conti può difendere non solo nei confronti del Consiglio di Stato, ma anche nei confronti della Corte di cassazione, la sfera di quelle proprie attribuzioni di controllo (e forse anche di giurisdizione), che sono da considerare immuni dal sindacato di quegli altri supremi organi del nostro ordinamento.

Tale difesa può esser fatta valere, poi, davanti alla Corte di cassazione, fin quando il caso comporti, come nella fattispecie in rassegna, la esorbitanza di un organo (nella specie, del Consiglio di Stato) dalla propria giurisdizione [8]); può esser fatta valere davanti

---

[7]) SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.*, 1961, 845; ID., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200; *Manuale*, cit., 9 e segg.

[8]) Secondo la giurisprudenza, perché esista giurisdizione del Consiglio di Stato, è necessario sia impugnato un atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo che si ritenga lesivo di interessi soggettivi (Cass., Sez. unite, 3 luglio 1953, n. 2073, in *Foro ital.*, 1953, I, 1094; 5 luglio 1965, n. 1396, in *Mass. Foro ital.*, 1965, 403). La giurisdizione del Consiglio di Stato viene negata invece tutte le volte

alla Corte costituzionale, quando l'organo supremo della giurisdizione (la Corte di cassazione) non sia stata in grado di riportare il Potere giurisdizionale entro i suoi limiti istituzionali (i quali non gli consentono di sindacare l'operato dell'organo che istituzionalmente presiede, *ab externo* ed *ex officio*, in veste non giurisdizionale, al controllo della legalità dell'Esecutivo).

4. Affiora a questo punto il problema della legittimazione di un organo come la Corte dei conti — che non è una Pubblica Amministrazione e non opera in veste di soggetto dell'ordinamento [bensí come espressione dello stesso ordinamento [9])] — a sollevare una questione di giurisdizione, e perciò ad agire come soggetto processuale.

Una siffatta legittimazione è da escludere in via generale. La Corte non ha personalità giuridica, non gode di autonomia amministrativa, nessuno degli organi della sua complessa organizzazione ne ha la rappresentanza legale, poiché sul piano organico essa mette capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed è amministrata da questa. Né il presidente, né alcun altro organo della Corte sono dunque, in generale, qualificati ad agire in giudizio in rappresentanza di essa, ai sensi del codice di proc. civile (art. 75) e delle norme sulla rappresentanza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato (L. 25 marzo 1958, n. 260).

Quanto si è detto non può valere peraltro per ciò che attiene alla posizione della Corte quale Potere dello Stato e alle difese giurisdizionali di tale posizione. Nella sua posizione di Potere dello Stato la Corte non può non esser considerata come autonoma nei confronti di ogni altro Potere. Altrimenti ne risulterebbe, contraddittoriamente, vulnerata quella posizione di indipendenza, che espressamente le riconosce l'art. 100 Cost.

Poiché, per promuovere il conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale *ex* art. 134 Cost. (e art. 37, L. 11 marzo 1953, n. 87), nei confronti di una pronuncia giurisdizionale lesiva dell'autonomia della sua funzione di controllo, essa deve necessariamente (strumentalmente) promuovere prima la pronuncia della Corte di cassazione — organo competente (secondo l'espressione dell'art. 37 cit.) a « dichiarare definitivamente la volontà » del Potere giurisdizionale in ordine all'assoggettabilità dell'atto di controllo al sindacato giurisdizionale (e perciò, eventualmente, ad annullare la pronuncia del giudice amministrativo che quella assoggettabiliti. abbia affermata) —, non può esser negata poi alla Corte dei conti la possibilità di ricorrere in proprio in Cassazione contro una decisione del

---

che quest'ultimo abbia sconfinato nell'ambito di un altro potere (Cass., Sez. unite, 17 aprile 1963, n. 948, in *Mass. Foro ital.*, 1963, 275; 30 dicembre 1963, n. 3246, *ivi*, 1963, 906; Sez. unite, 28 luglio 1964, n. 2121, *ivi*, 1965, 558).

[9]) V. SANDULLI, *Manuale*, cit., 9, 233 e segg.

tipo di quella in rassegna, al fine di ottenerne la caducazione per difetto di giurisdizione. Non ammettere tale ricorso della Corte dei conti significherebbe infatti render possibile che ad essa sia preclusa (in sostanziale contrasto con l'art. 134 Cost.) la difesa della propria posizione di Potere dello Stato, non assoggettabile, nell'esercizio della funzione di controllo (riconosciutale dalla Costituzione) al sindacato del potere giurisdizionale.

Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana***
Torino, 1973, III, 1, col. 129-132

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 1973 n. 44, *ibid.*, col. 129; le massime sono riportate alla pagina seguente
** Estratto con paginatura autonoma

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V: 26 GENNAIO 1973 N. 44; PRES. BREGLIA, EST. CHIEPPA; FRASCIONE (AVV. CARBONE) C. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (AVV. DELLO STATO LANCIA).

Il sistema dei concorsi, quale mezzo normale di accesso ai pubblici impieghi, ha la funzione di assicurare la scelta dei più capaci in relazione alle esigenze di buon andamento e di imparzialità dell'ufficio da ricoprire; tale funzione acquista un particolare risalto per i magistrati dei tribunali regionali amministrativi, rispetto ai quali l'esigenza dell'imparzialità è rafforzata dalla necessità di indipendenza, propria di ogni magistratura fornita delle garanzie tipiche della giurisdizione.

Nell'applicazione delle norme sui requisiti per la partecipazione ai pubblici concorsi, l'interprete è tenuto a ricercare il valore attitudinario del requisito.

Il possesso di particolari qualità prescritto dalla legge per partecipare al concorso per un pubblico impiego può esser richiesto solo se le limitazioni in tal modo imposte attengano a esigenze attitudinali o dei ruoli.

Nell'interpretare disposizioni che stabiliscono restrizioni per la partecipazione al concorso per un pubblico impiego occorre ricostruire le esigenze attitudinarie avute di mira dal legislatore, e, in presenza di un testo legislativo male elaborato e di dubbia lettura, occorre evitare quelle interpretazioni restrittive che conducano a escludere dal concorso aspirante in possesso di qualità attitudinarie superiori a quelle richieste: pertanto non può non essere ammesso al concorso per quindici posti di referendario del ruolo dei magistrati amministrativi regionali, bandito ai sensi dell'art. 44, lett. c), L. 6 dicembre 1971, n. 1034, e per l'ammissione al quale è richiesta la qualifica di direttore di sezione, un direttore di divisione di un Ministero, poiché la qualifica superiore, conseguita passando attraverso quella richiesta dalla legge, è da considerare assorbente di quest'ultima e rivela una attitudine uguale se non maggiore rispetto a quella testimoniata dall'altra.

A parte le notevoli e avvedute affermazioni di principio, fatte alla luce dei precetti costituzionali (artt. 3, 51 e 97), in ordine all'esigenza di interpretare restrittivamente, nei casi dubbi, quelle disposizioni legislative che stabiliscono limitazioni per la partecipazione ai pubblici concorsi (evitando perciò di non ammettere a un concorso chi possegga requisiti di maggior rilievo di quelli necessari, allorché la precedente acquisizione di quelli necessari costituisca indispensabile presupposto di quelli attuali), nonché in ordine all'esigenza di interpretare funzionalmente (assumendo a criterio i profili rilevanti ai fini attitudinali) le disposizioni sui requisiti per la partecipazione ai pubblici concorsi, la sentenza in rassegna è da segnalare anche e soprattutto per talune punte polemiche nei confronti della scarsa sensibilità e cura della classe politica per i problemi dell'ordinamento della giustizia amministrativa.

La critica non ha per oggetto soltanto il modo confuso e approssimativo con cui la legge istitutiva dei T.A.R. è stata elaborata: una riforma tanto attesa e importante, ma sotto molti aspetti cosí deludente, anche e particolarmente per quelle norme transitorie, le quali sono venute, in molte materie, a spogliare, per almeno un anno e mezzo, i cittadini — in assoluto spregio degli artt. 24 e 113 Cost. — di ogni possibilità di giustizia nei confronti della Pubblica Amministrazione. Il cittadino che chiede giustizia è un isolato. E nel nostro tempo i problemi degli isolati non pesano in politica. Tanto meno quelli attinenti alla giustizia.

La polemica di fondo della sentenza, anche se indiretta, investe — e non senza ragione — il modo di provvista dei posti di giudice amministrativo. La sentenza si richiama ai principi costituzionali che esigono i pubblici concorsi al fine di « assicurare la scelta dei piú capaci in relazione alle esigenze di buon andamento e di imparzialità dell'ufficio da ricoprire », e all'esigenza che l'imparzialità nella giustizia amministrativa sia assicurata attraverso l'« indipendenza (propria di ogni magistratura fornita delle garanzie tipiche della giurisdizione: arg. *ex* art. 100, 103 e 108 Cost.) ».

Traspare svelatamente in queste affermazioni — contenute nella parte introduttiva della pronuncia (e forse non essenziali nell'economia di essa, ma appunto perciò piú significative) — l'allusione al Consiglio di Stato piuttosto che ai T.A.R. A quell'alto corpo dello Stato, che fu retto in passato da uomini del prestigio di Silvio Spaventa e Santi Romano; che proprio per le sue alte benemerenze la Costituente volle risparmiato, con la Corte dei conti, dalla severa condanna inflitta a tutte le giurisdizioni speciali; ma che purtroppo pare condannato dalla politica a degenerare: un pò per l'incorreggibile sistema di utilizzare taluni dei suoi elementi migliori fuori della sede istituzionale (producendo in tal modo inammissibili e pericolose contaminazioni) e molto per la riduzione del rapporto (che dovrebbe essere, tendenzialmente, di 1/1) tra magistrati di concorso e magistrati di « nomina regia » e imprevedibile, a frazioni dal denominatore di volta in volta crescente.

È chiaro che la sentenza è stata scritta sotto l'impressione sfavorevole con cui è stata accolta dall'opinione pubblica l'infornata governativa di consiglieri di Stato eccezionalmente copiosa deliberata il 22 dicembre 1972.

Non è certo questione di nomi. I nomi sono, per gran parte, oggettivamente buoni. Il problema è però un altro. Tutti sanno che la solidità e l'efficienza di questo alto consesso, cui la Costituzione confida il compito (che in uno Stato di diritto è di primaria importanza) « di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione », ha sempre avuto il suo punto di forza nei magistrati selezionati attraverso quel concorso speciale che per tradizione rappresenta il piú severo e valido vaglio tecnico esistente nel nostro paese. Oggi, mentre a seguito dalla recente infornata i consiglieri di Stato non di carriera in servizio d'istituto sono diventati settantaquattro (novantuno con i « fuori ruolo »), quelli di carriera in servizio sono appena ventitre (trentadue con i « fuori ruolo »). Tra un terzo e un quarto cioè del numero complessivo. Un record. Ai sensi dell'art. 4 del testo unico sul Consiglio di Stato la linea di tendenza dovrebbe essere invece (se alla disposizione si vuole dare una interpretazione funzionale e non la sì vuole intendere come diretta alla semplice tutela di interessi individuali di carriera) quella della parità numerica tra i consiglieri delle due provenienze. Comporterebbe perciò, in caso di aumento degli organici — come quello, notevolissimo (quattordici nuovi posti di consigliere, oltre dieci posti di presidente), verificatosi di recente in correlazione con l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali —, l'esigenza di riservare ai magistrati di carriera un numero piú elevato di posti, sí da compensare gli squilibri.

Ma gli inconvenienti non finiscono qui. Con l'istituzione dei tribunali amministrativi, ben ventidue magistrati del Consiglio di Stato dovranno essere destinati ai tribunali stessi; ed è prevedi-

bile che per la maggior parte saranno magistrati provenienti dal concorso. Chi rimarrà al Consiglio di Stato? L'istituto sarà posto in crisi proprio in uno dei momenti piú cruciali per le garanzie della giustizia nell'amministrazione. Nel momento in cui dovrà formarsi la giurisprudenza che dovrebbe tracciare secondo un criterio unitario e valido le linee di quella nuova giustizia amministrativa a doppio grado che il legislatore ha purtroppo tracciato in modo cosí approssimativo, oscuro e non sempre felice.

* * *

L'occasione non può non esser raccolta per riaffermare che, cosí come sono attualmente regolati e funzionano, gli organi vecchi e nuovi della giustizia amministrativa non sono affatto ordinati in modo da assicurare appieno (almeno sul piano formale), alla giustizia stessa, quelle garanzie di legalità e di imparzialità che sono legge naturale di qualsiasi giustizia amministrativa. Infatti condizione prima di un giudizio di legalità è il possesso della tecnica giuridica (v. in proposito Corte cost., 20 dicembre 1962, n. 108), mentre attualmente si potrebbe essere, teoricamente, nominati consiglieri di Stato senza avere aperto mai un codice (art. 1, comma 2°, T. U.). Condizione prima della imparzialità è poi la posizione di estraneità e di indipendenza dei giudici, della quale ultima ha giustamente mostrato di preoccuparsi la sentenza in rassegna: una posizione che comporta, da un lato, l'assenza di ogni vincolo esterno con le prevedibili parti in causa, e, dall'altro, esige l'esclusione di qualsiasi attesa di ricompense o di premi, come pure di qualsiasi preoccupazione di conseguenze negative, svantaggi, disfavori: cose tutte che l'ordinamento attuale non assicura affatto ai componenti del Consiglio di Stato nei confronti del Governo (è questo a effettuare le promozioni e le nomine alle qualifiche superiori, a distribuire i magistrati tra le sezioni, a disporre del potere di sospendere e rimuovere dall'ufficio, come pure di quello di consentire il cumulo con « altri uffici » e con « speciali incarichi o missioni » addirittura senza la interruzione delle funzioni d'istituto: artt. 1, 2, 5, 6 e 12 T. U.) (in argomento v. CHIEPPA, *A proposito di indipendenza della Corte dei conti e del Consiglio di Stato,* in *Giur. cost.,* 1967, 5 e segg.).

In talune di queste mende, in spregio dell'art. 108 Cost., incorre ora, a proposito dei magistrati dei T.A.R., anche la recente legge istitutiva di questi ultimi (v. SANDULLI, *Man. dir. amm.,* 4ª parte, 11ª ediz., Napoli, 1973, 126; e già *I tribunali amm. regionali,* Napoli 1972, 30 e segg.).

Prima o poi tutte queste cose finiranno alla Corte costituzionale (su di esse infatti la Corte non ebbe occasione di pronunciarsi nella sentenza 21 gennaio 1967, n. 1, in commento alla quale fu scritta la nota di Chieppa, sopra ricordata). E il giorno

in cui ciò avverrà, potrebbe venir fuori una sentenza destinata a sconvolgere ancora una volta il sistema della giustizia amministrativa, già cosí difettoso, e forse a lasciarlo inofficioso chi sa per quanto tempo... Cosa che a taluni potrebbe anche non dispiacere. Ma non a chi crede ancora nello Stato di diritto.

Non sarebbe stato (e non sarebbe ancora) saggio consiglio (se gli uomini fossero ancora « di buona volontà ») porre mano ai mezzi per un risanamento che fosse veramente tale, per adeguare effettivamente l'ordinamento della giustizia amministrativa a quelle esigenze di « indipendenza » che gli artt. 100 e 108 Cost. espressamente reclamano e le cui condizioni sono state piú volte enunciate dalla Corte costituzionale proprio nella materia della giustizia amministrativa?

Ma, si sa, nella nostra vita politica si praticano solo gli interventi a caldo. La terapia preventiva è sconosciuta. Le speranze perciò non possono essere molte.

Problemi della giustizia amministrativa in Italia prima e dopo le leggi di riforma del 1971

Pubblicato in

Atti del Colloquio sul tema
«Il controllo delle leggi e degli atti amministrativi
in Italia e in Polonia» promosso dall'Accademia nazionale
dei Lincei in collaborazione con l'Università di Varsavia
e tenutosi a Roma nei giorni 15 e 16 marzo 1972
Roma, 1973, pp. 143-163

1. – Nonostante la sua ben chiara connotazione come Stato sociale la Repubblica italiana si caratterizza altresì come Stato di diritto. Nondimeno la giustizia amministrativa è oggi, in Italia, una grande inferma, la quale attende, da tempo, una mano ferma e un bisturi risanatore.

L'occasione per un'opera di revisione risanatrice era stata offerta da tutta una serie di vuoti legislativi creati dalla Corte costituzionale nell'intero dispositivo della giurisdizione amministrativa locale, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità (per via della insufficiente indipendenza dei giudici) delle norme che attribuivano funzioni giurisdizionali ai consigli comunali e provinciali (in materia elettorale), ai consigli di prefettura (in materia contabile e di responsabilità degli amministratori degli enti locali), alle giunte prov. amministrative (in materia di rapporto d'impiego dei dipendenti degli enti locali e in varie altre materie), alla giunta giurisdizionale amministrativa della Val d'Aosta, e infine alle sezioni speciali per il contenzioso elettorale, poco felicemente istituite nel 1966 in anticipazione dei futuri tribunali regionali amministrativi.

Il Parlamento si è lasciato sfuggire però l'occasione per un riesame unitario della intera materia e per una riforma globale. Con la legge 6 dicembre 1971 n. 1034 istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (TAR), intervenuta pur con tanto ritardo rispetto al momento in cui i vuoti si erano determinati (una legge palesemente nata, come molte, da compromessi politici, e la cui elaborazione parlamentare è piuttosto arida), si è limitato a una riforma parziale e asfittica, a una delle tante «leggi-stralcio». Al suo attivo è da segnare unicamente (ma non senza riserve) un timido, parziale aggiustamento della relazione del ricorso gerarchico con quello giurisdizionale e la realizzazione di un doppio grado di giurisdizione nella materia degli interessi legittimi e in quelle altre materie nelle quali preesisteva una giurisdizione del Consiglio di Stato (l'unico allargamento di quella giurisdizione è costituita dalla espansione della giurisdizione «esclusiva» alla materia delle concessioni). Un parto, in verità, piuttosto modesto.

È vero che la citata legge è stata seguita dopo qualche mese dalla pubblicazione dell'appena anteriore d. P. Rep. 24 novembre 1971 n. 1199, che dà nuova disciplina alla materia dei ricorsi amministrativi. Nondimeno,

anche in tale quadro, le innovazioni appaiono frammentarie, disarticolate, e prive di quella visione unitaria e di quel vasto respiro che un'opera autenticamente riformatrice avrebbe richiesto.

La verità è che le profonde divisioni esistenti nel paese e nel parlamento tra le forze politiche non consentono una visione unitaria neppure dei problemi della giustizia e ancor meno di quelli della giustizia amministrativa, destinata a incidere immediatamente nella sfera d'influenza degli operatori politici. La più significativa pietra di paragone è rappresentata, in proposito, dalla problematica dell'indipendenza dei giudici amministrativi, la quale è stata un costante *punctum dolens* della materia e – come l'esame degli atti parlamentari relativi alla legge sui TAR conferma – continua a esser considerata dai politici, tanto di parte governativa come dell'opposizione, un campo aperto a pascoli abusivi, non desiderando né i primi né i secondi che in esso operino giudici pienamente indipendenti, pur desiderandoli (stavolta in dissenso tra loro) i primi collegati col governo, i secondi con le assemblee elettive (e perciò, in ultima analisi, coi partiti).

2. – A parte le lacune provocate da alcune recenti pronunce della Corte costituzionale nel campo dei giudizi contabili e di responsabilità degli amministratori locali – lacune colmate dalla giurisprudenza attraverso l'espansione, in materia, della giurisdizione della Corte dei conti (onde ormai il problema è diventato essenzialmente quello di adeguare le strutture di tale organo « ausiliario » ai più estesi compiti istituzionali) –, i più acuti punti critici della giustizia amministrativa – attinenti tutti alla giurisdizione amministrativa che mette capo al Consiglio di Stato (e cioè a quella che si suole anche indicare come giurisdizione amministrativa « ordinaria ») – erano, prima delle recenti innovazioni legislative, i seguenti:

1) la difficoltà della discriminazione della giurisdizione del Consiglio di Stato (e dei giudici sottordinati) rispetto a quella dei giudici civili, basata sulla impervia distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo;

2) la generale mancanza di garanzie di giustizia nei confronti dell'azione amministrativa discrezionale;

3) il gravoso impaccio arrecato al diritto del cittadino di chiamare l'Amministrazione davanti al giudice amministrativo dall'esclusione della possibilità di tale chiamata quando non fosse stata esaurita la serie dei rimedi amministrativi ordinari;

4) la mancanza di un pronto intervento giurisdizionale nei confronti di quei provvedimenti rispetto ai quali qualsiasi giustizia tardiva non è più giustizia;

5) la mancanza di un'adeguata tutela dei diritti del cittadino in sede giudiziaria, tanto in fase di cognizione come in fase di esecuzione, come pure la mancanza di un'adeguata sua tutela di fronte all'inottemperanza dell'Amministrazione alle sentenze pronunciate nei suoi confronti;

6) la mancanza di ogni protezione degli interessi non « personalizzati »;

7) taluni aspetti di insufficiente indipendenza dei giudici nei confronti del potere esecutivo.

Altri due punti critici di un certo rilievo erano ancora ravvisabili. Il primo riguardava la persistenza della insuperabile *querelle*, protraentesi ormai da un trentennio, tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato circa la spettanza a quest'ultimo o al giudice civile della competenza a conoscere delle controversie relative ai rapporti di lavoro presso gli enti pubblici economici. Il secondo inerisce alla conclamata insensibilità della Corte di cassazione a penetrare, con la dovuta scioltezza, i delicati problemi, squisitamente amministrativi, dell'elettorato passivo ai Consigli regionali, provinciali e comunali: insensibilità la quale consiglierebbe il trasferimento della materia dal giudice civile (assurdamente ostinato nel configurare in modo assai più esteso e rigoroso di quello risultante dai testi legislativi le cause di ineleggibilità) al giudice amministrativo, dotato di maggiore specializzazione nella materia amministrativa.

Orbene: tutti questi problemi sono rimasti irrisolti, salvo una certa attenuazione apportata, dalle due recenti leggi di riforma, agli intralci indotti, ai fini del giudizio amministrativo, dai ricorsi amministrativi ordinari, e salvo il superamento (attraverso un'interpretazione autentica) nel senso della competenza dei giudici ordinari, della ricordata *querelle* relativa alla giurisdizione sui rapporti di lavoro presso gli enti pubblici economici.

3. – Con riferimento al problema relativo alla difficoltà della discriminazione della competenza generale del giudice civile rispetto a quella del giudice amministrativo, sulla base della distinzione diritto–interesse, va ricordato che l'adozione di tale criterio di discriminazione rappresenta un *unicum* dell'ordinamento giuridico italiano, basandosi invece, generalmente, quegli altri ordinamenti che hanno una duplicità di giurisdizione nelle controversie in cui sia parte una pubblica Amministrazione; sulla distinzione dei rapporti giuridici, a seconda che siano di diritto pubblico o di diritto comune. La difficoltà della discriminazione delle competenze inerisce poi al fatto che la distinzione, in concreto, dei diritti dagli interessi legittimi non ha luogo in base a regole assolutamente sicure, ma è praticamente rimessa ai pronunciati della giurisprudenza, sicché, fin quando su una legge non sia intervenuta una pronuncia giurisdizionale, tutto è oscuro e dubbio. Per limitarsi a qualche esempio dell'ultimo ventennio, basterà ricordare i dubbi – perdurati fin quando non si è pronunciata in materia la Corte di cassazione (la quale in entrambi i casi si è espressa nel senso dell'assenza di un diritto) – circa la natura di diritto o di interesse legittimo della pretesa allo indennizzo per danni di guerra (legge 27 dicembre 1953 n. 968), come pure della pretesa degli enti pubblici a non essere assoggettati al controllo della Corte dei conti (ai sensi della legge 21 marzo 1958 n. 259).

Di qui il ripetuto invito al legislatore, da parte della dottrina, a fondare su più sicure basi la discriminazione delle competenze.

Dato il collaudo ultrasecolare della distinzione tra diritti e interessi (la quale risale alla legge 20 marzo 1865 n. 2248), e dato che pure i criteri posti a base della discriminazione delle competenze giurisdizionali in altre legislazioni non sono esenti da difficoltà, si potrebbe forse anche discutere della necessità di abbandonare l'antico criterio di discriminazione, se non fosse per altre considerazioni. Il superamento del criterio tradizionale consentirebbe infatti di venire a capo delle conseguenze dell'estrema avarizia che, per cause storiche, i giudici italiani hanno dimostrato – diversamente dai giudici di altri ordinamenti – nel riconoscimento della natura di diritto soggettivo alle diverse posizioni fatte ai singoli dall'ordinamento nei rapporti di diritto pubblico; conseguenze risoltesi nel ridurre ad ambiti assai ristretti la possibilità del ristoro pei danni subiti dai cittadini in conseguenza dell'operato illegittimo dell'Amministrazione, essendo il ristoro stesso negato, in applicazione dell'art. 2043 cod. civ., fuori dei casi di lesione di diritti soggettivi. Remota e costante, la giurisprudenza attribuisce carattere di interesse legittimo alle posizioni soggettive che stanno a fronte di potestà amministrative destinate a incidere su taluni diritti (incontestatamente riconosciuti come tali), quali, a esempio, le potestà di espropriazione, requisizione, assoggettamento della proprietà privata a vincoli, nonché la potestà di pronunciare l'annullamento, la revoca, la decadenza, la sospensione di provvedimenti in conseguenza dei quali siano nati veri e propri diritti (si pensi alla revoca di una licenza di commercio o di una licenza edilizia – specialmente nel caso in cui la costruzione sia molto avanzata o sia stata addirittura completata –, al ritiro di un passaporto, e simili). Di conseguenza anche in simili casi – o almeno in gran parte di essi (ché non tutte le decisioni sono coerenti) – la giurisprudenza nega che dalla pronuncia del giudice amministrativo, la quale abbia dichiarato illegittimo l'uso, nel caso concreto, di una delle anzidette potestà, e perciò abbia annullato l'atto amministrativo posto in essere nell'esercizio della potestà stessa, il cittadino possa avvalersi per ottenere dal giudice civile la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni (sono paradigmatiche le non poche sentenze della Corte di cassazione che hanno negato il diritto a un ristoro a coloro che abbiano subito la sospensione dei lavori, o addirittura la demolizione delle opere, in conseguenza dell'illegittimo annullamento di una licenza edilizia).

Orbene: dato che in simili casi la potestà pubblica viene a incidere su posizioni soggettive cui universalmente si riconosce il carattere di veri e propri diritti (diritto di proprietà, diritto di espatrio, ecc.), il continuare a tenere distinte le giurisdizioni appare, almeno in questi casi, un controsenso (e, del resto, contrasta con gli stessi criteri ispiratori di coloro che, con la legge de 1865, vollero attribuita ai giudici ordinari tutte le « questioni » relative a « diritti civili e politici »).

Nondimeno questi problemi continuano a rimanere lontani dalle menti dei riformatori della nostra giustizia amministrativa. Oggi e domani si continuerà a negare ogni riparazione a coloro che illegittimamente abbiano

dovuto subire, dall'autorità competente, il ritiro del passaporto, della patente di guida, della licenza di esercizio, dell'autorizzazione a costruire, e simili.

4. – Un altro tra i più acuti punti critici della nostra giustizia amministrativa è rappresentato dalla quasi assoluta carenza di protezione del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa discrezionale e delle stesse valutazioni tecniche dell'Amministrazione. Questa può dichiarare di pubblica utilità e vincolare un tuo bene a fini espropriativi o a fini di indisponibilità, può rilasciarti o rifiutarti una licenza di commercio, può disporre o non disporre la demolizione di un tuo stabile perché lo considera pericoloso per l'incolumità pubblica, può, per ragioni di ordine pubblico, consentire o non consentire che tu organizzi un comizio o un corteo. Ma nessun giudice potrà verificare se le ragioni addotte a giustificazione di siffatti provvedimenti sussistessero o meno in concreto. Nella quasi totalità dei casi al giudice amministrativo è negato ogni sindacato sull'errore di merito – non importa se volontario o involontario – ed è consentito soltanto di riscontrare se nel motivare il provvedimento (ma la motivazione non deve essere necessariamente diffusa, e neppure deve darsi carico di tutte le ragioni eventualmente rappresentate dagli interessati), l'autorità sia incorsa in contraddizione o in altri palesi vizi di ragionamento.

La carenza è poi aggravata dal fatto che – diversamente da quento accade nella generalità degli ordinamenti dei paesi democratici (e non in essi soltanto) – nel nostro ordinamento manca una disciplina, universalmente operante, del procedimento amministrativo, come pure una « clausola generale » destinata a consentire una revisione del « merito » in sede amministrativa (come si vedrà, lo stesso ricorso gerarchico, il quale, là dove è ammesso, si estende anche al « merito », è uno strumento che offre ben scarse garanzie; onde, appunto perciò, appare assolutamente screditato). Cosicché al privato non è concessa, né prima né dopo dell'emanazione del provvedimento cui sia positivamente o negativamente interessato, un'istanza sufficientemente imparziale e credibile, sulla quale contare per la prevenzione e la correzione degli errori di « merito » che tocchino la sua sfera giuridica; anzi non è neppure concesso che, prima dell'emanazione di un provvedimento che lo riguardi, o che possa incidere sfavorevolmente nelle sue posizioni soggettive, le sue ragioni vengano vagliate, in contraddittorio, in una sede che offra sufficienti garanzie di obbiettività (così come avviene, ad esempio, nei procedimenti disciplinari).

È stato sovente avvertito (ed era stato, del resto, avvertito fin dall'art. 3 della legge del 1865) che la prima garanzia del privato verso la pubblica Amministrazione va ricercata nel procedimento amministrativo. Questo esigerebbe anche l'art. 97 Cost. Ma quello del procedimento amministrativo è un argomento, al quale – nonostante i vari progetti presentati in proposito in Parlamento (a partire dal 1953) – il nostro legislatore non ha preso finora interesse.

5. – Del pari è stato lamentato da tempo che i ricorsi amministrativi ordinari – tanto quello tipico (cioè il ricorso gerarchico), come quelli atipici (l'opposizione e il ricorso gerarchico improprio) – rappresentano piuttosto un bastone gettato tra le ruote di chi deve percorrere l'impervio cammino della giustizia amministrativa, anziché un credibile rimedio giustiziale. Infatti, poiché la definitività del provvedimento amministrativo (la quale si consegue soltanto con l'esaurimento dei ricorsi amministrativi ordinari) rappresenta un presupposto essenziale dell'impugnativa giurisdizionale, e poiché (per deprecabile prassi) generalmente l'Amministrazione omette di pronunciarsi sui ricorsi amministrativi ordinari (e addirittura di prenderli in esame), la regola del previo esaurimento dei rimedi amministrativi ordinari si risolve generalmente in un defatigatorio meccanismo, destinato unicamente a ritardare l'accesso del cittadino alla giurisdizione amministrativa (e perciò, tra l'altro – e ciò è particolarmente grave – alla sospensione giurisdizionale del prevvedimento amministrativo).

L'inconveniente è tanto più deplorevole in quei casi nei quali, in mancanza di un intervento immediato, la giustizia amministrativa appare irrisoria (in quanto inidonea a qualsiasi risultato ripristinatorio o riparatorio). A che servirebbe, a esempio, la successiva dichiarazione di illegittimità (o l'annullamento) del diniego di organizzazione di un comizio o dell'ordine di scioglimento di un corteo che si sarebbe dovuto tenere un anno o anche soltanto un mese prima?

In materia la recente legislazione, come si vedrà, si è mostrata animata da un certo spirito risanatore. Ma ha operato entro limiti ben più angusti di quelli che ci si sarebbe dovuto attendere. L'inconveniente è stato fronteggiato perciò in modo limitato e insufficiente.

6. – Troppi sono poi i casi, nei quali, anche quando non sia prevista la previa sperimentazione di rimedi amministrativi, la mancanza di prontezza del suo intervento rende la giustizia amministrativa assolutamente inutile; onde i soggetti colpiti dal provvedimento amministrativo ritengono frustraneo bussare alla porta di essa.

A che servirebbe, a esempio, adire la via della giustizia amministrativa contro il mancato conferimento di un incarico o di una concessione destinati a durare soltanto un giorno o pochi giorni (per esempio, in concomitanza di una manifestazione) quando la pronuncia giurisdizionale favorevole sarebbe destinata a intervenire, dati i termini della procedura, a situazione già interamente concumata? E a che cosa può servire l'annullamento dell'illegittimo provvedimento di scioglimento dell'amministrazione ordinaria di un ente, quando tale annullamento sopraggiunga dopo la scadenza del periodo per il quale quella amministrazione era stata eletta o nominata? E che dire dell'annullamento della aggiudicazione di un appalto, quando esso sopraggiunga a lavori ormai portati a compimento?

Fin quando non saranno realizzate forme processuali idonee, non soltanto a prescrivere, ma anche a *garantire* pure in simili casi – e comunque in

tutti i casi di atti lesivi di interessi legittimi – un tempestivo intervento del giudice, i casi stessi saranno da considerare sostanzialmente sottratti alla giustizia. E non potranno considerarsi soddisfatti nei confronti di essi quei precetti degli articoli 24 e 113 Cost., i quali esigono che nessun atto amministrativo lesivo di interessi legittimi sfugga al sindacato giurisdizionale. Per gli atti amministrativi lesivi di meri interessi legittimi – e l'annullamento dei quali è perciò insuscettibile di sfociare nella condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno – una giustizia amministrativa tardiva non può esser ritenuta infatti giustizia né satisfattoria né sanzionatoria, e perciò non può essere considerata, *tout court*, come giustizia.

7. – A propria volta, grave e frustrante è la frequente infruttuosità delle pronunce giurisdizionali sfavorevoli all'Amministrazione. L'impossibilità dell'esecuzione forzata nei confronti dei beni indisponibili e delle stesse somme di danaro che abbiano avuto una destinazione in bilancio rendono praticamente ineseguibili, contro la volontà dell'Amministrazione, le stesse sentenze di condanna di essa al pagamento di una somma di danaro, che sono le sole sentenze di condanna ammesse dalla giurisprudenza nei suoi riguardi.

Anche a prescindere dalle difficoltà, cui già si è accennato, inerenti alla tardività della giustizia amministrativa, le stesse sentenze di annullamento di un atto amministrativo non sono poi sufficienti a ripristinare in ogni caso lo *status quo ante*. A che serve l'annullamento di una licenza edilizia, quando della costruzione eseguita in base a essa non venga ordinata la demolizione, ma l'ulteriore corso dell'« affare », gli « ulteriori provvedimenti », vengano lasciati in balìa della stessa Amministrazione, anche quando alla demolizione non ostino ragioni di impossibilità? Perché, una volta ottenuta una sentenza di annullamento di un provvedimento amministrativo, il cittadino deve esser costretto a instaurare un ulteriore giudizio per ottenere che l'Amministrazione vi « si conformi »?. E perché egli può esser costretto addirittura a un terzo o ad un quarto giudizio nel caso che l'Amministrazione non si sia conformata neppure alle statuizioni della sentenza intervenuta nel giudizio di ottemperanza? Non sarebbe più logico e giusto che in occasione della sentenza di annullamento, il giudice amministrativo desse senz'altro, per regola generale, le statuizioni per il ripristino della situazione di fatto e di diritto alterate dal provvedimento annullato, e che, lì dove questo risultato non potesse essere immediatamente conseguito (in quanto occorressero, all'uopo, ulteriori elementi), la legge prevedesse che, di norma, il medesimo giudizio proseguisse oltre l'annullamento, fino a una statuizione che realizzasse essa stessa il risultato? Perché un giudice specializzato e sensibile ai problemi della pubblica amministrazione – come, « per costruzione », è il giudice amministrativo – non deve essere utilizzato appieno per il conseguimento di un esito del giudizio amministrativo, che sia tale da assicurare ai cittadini la piena soddisfazione dei diritti e degli interessi legittimi a essi riconosciuti dall'ordinamento? Perché non solo per la puntuale misura del danno, ma per la stessa condanna al risarcimento dei danni conseguenti a un

provvedimento annullato dal giudice amministrativo, il cittadino deve esser costretto a proporre un nuovo giudizio davanti al giudice civile?

Ancora una volta non potrà dirsi che gli artt. 24 e 113 Cost. abbiano avuto appagante attuazione, fin quando la legislazione non abbia posto i cittadini in grado di conseguire codesti risultati senza intralci che sanno di defatigazione, se non addirittura di vessazione.

8. – E che dire del fatto che nel nostro ordinamento risultano sforniti di qualsiasi tutela giurisdizionale la maggior parte degli interessi collettivi, o, se si preferisce, comunitari? In esso ricevono una siffatta tutela i diritti e gli interessi delle persone fisiche e giuridiche, e quindi, tra l'altro, dello Stato-persona, nonché della Regione, della Provincia, del Comune, in quanto soggetti giuridici (in quanto enti). Non ricevono protezione giurisdizionale, fuori dei ristretti limiti entro cui è ammessa l'azione popolare, lo Stato-comunità, la Regione-comunità, la Provincia-comunità, il Comune-comunità. Non ne ricevono cioè, in generale, quegli interessi, i quali si riferiscono all'intero corpo sociale, senza però « personalizzarsi » (senza perciò appartenere all'ente-persona).

Orbene, fin quando questo stato di cose durerà, non potrà dirsi che i princìpi costituzionali di pluralismo, di autonomia e di legalità abbiano avuto la loro piena espansione. Appare evidentemente contraddittorio (e persino incredibile), a esempio, che, mentre qualsiasi cittadino può agire in giudizio in favore del legittimo svolgimento delle operazioni elettorali e della assunzione alle cariche elettive soltanto di coloro che le leggi, per ragionevoli motivi, non dispongano che debbano esserne esclusi (sono, questi, i pochi casi in cui il nostro ordinamento ammette l'azione popolare), venga negata poi dall'ordinamento alle rispettive comunità territoriali qualsiasi possibilità di ottenere, in sede giudiziaria, una pronuncia di annullamento del provvedimento di scioglimento delle amministrazioni da esse elette o una dichiarazione di illegittimità della mancata convocazione dei comizi alla scadenza delle amministrazioni in carica.

Una giustizia amministrativa, la quale non faccia più largo spazio all'azione popolare, in favore degli interessi comunitari, o non si avvalga, in vista della tutela in giudizio degli interessi comunitari, di analoghi strumenti (per esempio, dell'azione obbligatoria del pubblico ministero, o di un apposito « commissario » o « rappresentante » del popolo, che sia in grado di operare in posizione di indipendenza), lascia inappagate elementari esigenze del regime democratico.

9. – Un altro importante profilo deficitario della giustizia amministrativa, infine, continua ad essere sempre attuale, ed è stato pugnacemente sottolineato, senza molti risultati, dall'opposizione, in occasione dell'esame ella recente legge sui TAR. Esso riguarda la collocazione dei giudici in una sicura posizione di indipendenza.

Di tale problema ebbe ad occuparsi la Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 1967, la quale escluse che contraddica all'indipendenza dei giudici amministrativi il fatto che essi siano nominati dal potere politico, quando, una volta preposti alla funzione giurisdizionale, venga meno qualsiasi rapporto tra essi e quel potere. Ma quella sentenza (non essendo stata chiamata a farlo) non ha affrontato né risolto tutti gli aspetti dell'indipendenza degli attuali giudici amministrativi rispetto al potere politico. Oggi i magistrati del Consiglio di Stato vengono ripartiti tra le sezioni consultive (le quali esse stesse dovrebbero esser poste in posizione di indipendenza ai sensi dell'art. 100 Cost.) e quelle giurisdizionali mediante provvedimenti governativi, e allo stesso modo vengono assegnati, di anno in anno – e, se necessario, in corso d'anno – alle singole sezioni e all'adunanza plenaria (t.u. 26 giugno 1924 n. 1054 e successive modificazioni). È ugualmente il Governo che nomina a consigliere di Stato e a primo referendario i magistrati già in carriera. Allo stesso modo il Governo può scegliere (e generalmente sceglie) tra i magistrati del Consiglio di Stato le persone da nominare alle cariche di presidente di questo e delle sezioni di esso. Tutte queste ingerenze governative (anche se generalmente esercitate con avvedutezza) confliggono in via di principio con una autentica posizione di indipendenza dei magistrati, poiché condizione essenziale i questa è il riparo da timori e da attese nei confronti di provvedimenti di altri poteri.

A maggior ragione mina poi l'indipendenza – e potrebbe incidere sull'imparzialità – la prassi (assai diffusa) di impiegare i magistrati del Consiglio di Stato, pur nella continuità dell'esercizio dei compiti d'istituto, presso i gabinetti ministeriali e gli uffici della pubblica Amministrazione (sia pure, di regola, in veste di consulenti).

Generalmente questo pericolo è bilanciato dalla probità dei magistrati. Ma la moglie di Cesare non deve essere neppur sospettata. E una coerente e puntuale applicazione dei principi costituzionali esigerebbe che i giudici dell'Amministrazione non venissero in alcun modo utilizzati come ausiliari del potere politico o della pubblica Amministrazione.

10. – A questi e ad altri problemi, che travagliano la giustizia amministrativa in Italia e ne minano l'efficienza – e, tra gli altri problemi, in particolare a quelli del contraddittorio e del sistema probatorio –, dovrebbe applicarsi il legislatore, quando veramente si proponesse di portare a compimento l'edificio che a questo fondamentale aspetto dello Stato di diritto dedicarono i fondatori dello Stato italiano. Edificio rimasto purtroppo, dopo di allora (a oltre ottant'anni delle leggi del 1889–90), quasi immodificato, nonostante il crescere delle libere istituzioni e il dilatarsi della sfera del diritto pubblico (e, conseguentemente, l'aumentare della quantità degli interessi legittimi e il diminuire di quella dei diritti soggettivi).

Nonostante il rilievo che la Costituzione repubblicana ha voluto attribuire ai profili organizzativi della pubblica amministrazione allo scopo di realizzare l'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97), e nonostante l'universaliz-

zazione della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (artt. 24 e 113), questi temi sono rimasti purtroppo negletti da parte dei politici, e delle prospettive di riforma ci si è occupati quasi esclusivamente a livello dottrinale e di studi burocratici preparatori. La materia è stata dalle recenti leggi del 1971 a mala a pena sfiorata.

11. – La L. 6 dicembre 1971 n. 1034, nel creare i TAR, ha inteso dare attuazione a quel precetto dell'art. 125 Cost., che esige l'esistenza di organi locali di giustizia amministrativa a base regionale.

Essa ha rettamente interpretato quello che la Costituzione ha voluto come un collegamento di tali organi con la Regione-territorio (e perciò con la Regione come circoscrizione territoriale), non con la Regione-ente e nemmeno con la Regione-comunità (altrimenti la Regione-ente o comunità avrebbe dovuto partecipare alla formazione dei tribunali, o addirittura esser rappresentata in essi). I TAR sono perciò organi statali, costituiti dallo Stato, al di fuori di ogni rapporto con la Regione.

Ne saranno costituiti venti: uno per ogni Regione, dislocato nel capoluogo della Regione.

12. – I TAR sono giudici di primo grado appartenenti a un ordine giurisdizionale unitario articolato in due gradi, il secondo dei quali è rappresentato dal Consiglio di Stato (artt. 28 e 30).

Il TAR della Sicilia, al quale sono state attribuite le sole competenze già di spettanza delle Giunte prov. amministrative siciliane (ved. *infra*, n. 14), pur essendo le sue decisioni soggette, in secondo grado, non al giudizio del Consiglio di Stato, ma a quello del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (art. 40 L. 1034, cit.; art. 5, 2. co., D. lg. 6 maggio 1948 n. 654), fa nondimeno parte del medesimo ordine giurisdizionale, giacché compete pur sempre, al Consiglio di Stato (e precisamente all'adunanza plenaria in composizione integrata) «la cognizione dei conflitti di competenza tra il Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale e le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato» (art. 5, 5 comma, Dlg. cit.). Cognizione da ritenere estesa tanto alle controversie in cui il Consiglio di giustizia amministrativa pronuncia in unico grado, come a quelle in cui pronuncia in secondo grado. Dunque l'invasione, da parte del complesso TAR della Sicilia – Consiglio di giustizia amministrativa, di attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, concreta (non altrimenti dalla invasione, da parte di un qualsiasi altro TAR, di attribuzioni del Consiglio di Stato), un conflitto di competenza e non un conflitto di giurisdizione.

Dell'unitarietà dell'ordine giurisdizionale costituito da tutti i TAR e dal Consiglio di Stato – e, con questo, dal Consiglio di giustizia amministrativa (nonostante che della natura di sezione del Consiglio di Stato, che quest'ultimo, secondo la giurisprudenza, possederebbe, sia lecito dubitare) – può vedersi una indiretta conferma nel fatto che del Consiglio di presidenza dei TAR – organo cui sono attribuite importanti funzioni consultive in

ordine ai provvedimenti riguardanti i magistrati di tutti i TAR e che è presieduto dal Presidente del Consiglio di Stato – fanno inoltre parte due magistrati (i due presidenti di sezione più anziani) di quest'ultimo consesso e sei magistrati (due presidenti e quattro giudici) dei TAR (art. 49 L. 1034). Come pure nel fatto che vi è circolazione ascendente e discendente tra magistrati del Consiglio di Stato e magistrati di tutti i TAR (artt. 9 e 17).

Si può dunque concludere che il Consiglio di Stato, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e i TAR costituiscono, nel loro insieme, un unico apparato organizzatorio e un unico complesso giurisdizionale. E ciò ad onta che non vi sia circolazione piena, tra i vari consessi del complesso, dei giudici che li compongono (mentre infatti presidenti di sezione del Consiglio di Stato e consiglieri di Stato possono essere addetti al Consiglio di giustizia amministrativa e ai TAR – e al primo di questi organi decentrati possono essere addetti anche referendari del Consiglio di Stato –, i giudici «laici» del Consiglio di giustizia amministrativa e i magistrati amministrativi regionali – cioè i magistrati della carriera dei TAR – non possono essere addetti, fin quando rimangano tali, a un consesso del complesso ordine giurisdizionale costituito dai venti TAR e dai due Consigli, che non sia un consesso della stessa categoria alla quale appartengono).

13. – A ciascun TAR debbono essere assegnati almeno un presidente e cinque altri giudici (art. 9).

Il presidente deve essere un presidente di sezione del Consiglio di Stato o un consigliere di Stato (art. cit.); gli altri giudici debbono essere magistrati amministrativi regionali, e cioè magistrati dell'apposito ruolo dei TAR (artt. 9 e 12), al quale si accede per concorso (art. 14). Tanto il presidente, che gli altri giudici, vengono assegnati ai singoli tribunali con decreto del Presidente della Repubblica, su proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di presidenza dei TAR (art. 9). Con le stesse modalità essi vengono trasferiti (artt. 11 e 13). Esistono particolari garanzie di inamovibilità. Tuttavia non mancano casi in cui tanto l'assegnazione dei magistrati del Consiglio di Stato ai TAR, quanto l'assegnazione e i trasferimenti dei magistrati regionali avvengono (su domanda o d'ufficio) discrezionalmente (artt. ultt. citt.).

I magistrati regionali hanno una carriera analoga a quella dei Consiglieri di Stato. Entrano in carriera con la qualifica di referendari (i posti saranno 87) e dopo almeno sei anni di servizio possono esser nominati alla qualifica (cui sono riservati altri 87 posti) di primo referendario (per due terzi mediante scrutinio per merito comparativo e per un terzo secondo il turno di anzianità, previo giudizio di idoneità: scrutinio e giudizio di competenza del Consiglio di presidenza dei TAR) (artt. 14-15). Esistono poi quarantasei posti di consigliere (meno di un quarto dei posti complessivi del ruolo dei magistrati regionali), ai quali si accede dalla qualifica di primo referendario (con almeno sei anni di servizio nella qualifica) per decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei

Ministri, previa delibera del Consiglio stesso e su parere del Consiglio di presidenza dei TAR (art. 16). Ai consiglieri amministrativi regionali è poi aperta (purché abbiano prestato almeno quattro anni di servizio nella qualifica) la possibilità di transitare nei ruoli del Consiglio di Stato, essendo riservato ad essi un quarto dei posti disponibili nei ruoli dei consiglieri di Stato: il trasferimento di ruolo è disposto con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, e su parere del Consiglio di presidenza dei TAR (art. 17).

Si sarà notato che (á parte le promozioni dei referendari a primi referendari), tutti i provvedimenti di assegnazione, trasferimento, promozione, passaggi di ruolo, di cui si è detto, pur quando abbiano (come per le promozioni e i passaggi di ruolo è la regola) carattere discrezionale, vengono adottati dal Governo dietro parere non vincolante del Consiglio di presidenza dei TAR, e quindi possono esser posti in essere, eventualmente, anche contro il parere di quest'organo tecnico e (in un certo senso) di autonomia (il quale soffre, del resto, esso stesso, di quel difetto di insufficiente indipendenza, che è proprio dei magistrati del Consiglio di Stato e dei nuovi Tribunali).

Orbene, questo far dipendere da scelte governative la carriera e la destinazione dei magistrati amministrativi regionali, nonché la destinazione dei magistrati del Consiglio di Stato, come pure il fatto che l'ulteriore corso della carriera dei consiglieri di Stato e dei presidenti di sezione del Consiglio di Stato dipende esso pure da determinazioni discrezionali del Governo (ved., *supra*, n. 9), sono in grado di condizionare la posizione di indipendenza dei nuovi Tribunali, se è vero che l'indipendenza degli organi collegiali risulta anche, e prima di tutto, dall'indipendenza dei singoli componenti di essi. Molte riserve mi pare siano perciò da formulare in ordine alla compatibilità del descritto sistema di provvista dei posti dei giudici dei TAR con l'art. 108 Cost., il quale vuole assicurata anche ai giudici « speciali » un'adeguata posizione di indipendenza.

14. – Le competenze dei TAR, o, meglio, le competenze (la « giurisdizione ») dell'ordine giurisdizionale, del quale i TAR costituiscono il primo grado di giurisdizione (essendo il secondo grado di spettanza del Consiglio di Stato), sono (ai sensi degli artt. 2, 3, 4, 6, 7 e 41 della L. 1034) quelle stesse che, in conseguenza del venir meno della giurisdizione delle Giunte prov. amministrative e della Giunta giurisdizionale amministrativa per la Val d'Aosta, nonché delle sezioni elettorali dei Tribunali amministrativi regionali istituite con la L. 1147 del 1966, si erano concentrate nella competenza di unico grado del Consiglio di Stato (il quale aveva sommato alle proprie originarie competenze giurisdizionali di unico grado, risultanti dagli artt. 26, 27 e 29 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054 e dalle leggi speciali, quelle già spettanti in primo grado agli anzidetti organi di giurisdizione venuti meno, risultanti, rispettivamente, dagli artt. 1 e 4 t.u. 26 giugno 1924 n. 1058 e dalle leggi speciali che attribuivano competenze giurisdizionali alle Giunte prov. amministrative, nonché, rispettivamente, dall'art. 2, nn. 1 e 2 del D. lg. 15

novembre 1946 n. 367, dagli artt. 2 ss. della L. 1147 del 1966 e dall'art. 19 della L. 108 del 1968); e, in aggiunta, ai sensi dell'art. 5 L. 1034 del 1971, le controversie inerenti ai rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici (salvo quelle di competenza dei tribunali delle acque pubbliche e quelle concernenti le indennità, i canoni ed altri corrispettivi dovuti dai concessionari).

Nell'ambito di tale giurisdizione, a parte quanto si dirà subito appresso per la Sicilia, al Consiglio di Stato sono conservate soltanto poche competenze di unico grado nel campo dei giudizi di ottemperanza ai giudicati (ved. *infra*, n. 29).

Per la Sicilia è stata fatta salva (art. 10 l. 1034) la originaria normativa riguardante il Consiglio di giustizia amministrativa (D. lg. 654 del 1948), facendosi perciò sottentrare il TAR di quella Regione unicamente nelle competenze già spettanti alle Giunte prov. amministrative e alle sezioni per il contenzioso elettorale di cui alla l. 1147 del 1966 (competenze di cui all'art. 2 lett. *a* e all'art. 6 L. 1034).

15. – Alle anzidette competenze dei TAR – tutte derivate da preesistenti competenze di giudici amministrativi, salvo quelle, in materia di concessioni, attinenti a diritti soggettivi (art. 5 L. 1034) – occorre aggiunger quella risalente alla L. 21 novembre 1967 n. 1185 sul rilascio dei passaporti, non menzionata nella legge istitutiva dei TAR.

16. – Gli artt. 7–8 della L. 1034 riconoscono ai TAR le stesse attribuzioni tradizionalmente riconosciute ai giudici amministrativi (entro i soliti limiti) in materia di questioni pregiudiziali e incidentali, e, sempre in coerenza con i tradizionali criteri, escludono che nelle materie di giurisdizione esclusiva i TAR possano conoscere delle «questioni attinenti a diritti patrimoniali conseguenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre» (cfr. artt. 28 e 30 t.u. 1054 del 1924).

17. – Il giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato ha gli stessi limiti di materia e di portata del giudizio di primo grado (art. 28, 3. co., L. 1034). In tal modo il doppio grado di giurisdizione (il quale non trova applicazione solo nei pochi casi cui si è accennato al n. 14) ha piena realizzazione.

18. – Oltre a quella della istituzione del doppio grado di giurisdizione a carattere (sostanzialmente) universale, l'altra innovazione di maggior peso introdotta con la L. 1034 è l'instaurazione – entro i limiti di cui si dirà – di un rapporto di alternatività tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale. Tale rapporto di alternatività è limitato però, avaramente, dall'art. 20 che lo contempla, ai soli ricorsi contro i provvedimenti di autorità periferiche dello Stato o di enti pubblici ultraregionali.

L'art. 20 aggiunge poi che, in caso di mancata decisione del ricorso gerarchico entro novanta giorni, gli interessati possono senz'altro impugnare

(non più il silenzio–rigetto, ma) lo stesso provvedimento contro il quale fu presentato il ricorso gerarchico. A questo riguardo la normativa della L. 1034 si interseca con quella del D. lg. 1199 del 1971, un decreto legislativo emanato dal Governo (in modo piuttosto discutibile), anteriormente alla L. 1034, in base alla delega concessa con l'art. 6 della L. 775 del 1970. L'art. 6 del D. lg. 1199 contiene (infatti) un precetto il quale è identico a quello or ora riferito, ma riguarda la generalità dei ricorsi amministrativi.

Non può dirsi che la regola dell'alternatività tra ricorso amministrativo e ricorso giurisdizionale si rinvenga senz'altro nel 1. comma dell'art. 20 (il quale si limita, come si è visto, a disciplinare le conseguenze della mancata decisione del ricorso amministrativo). Essa risulta invece dal combinato disposto del 1. e del 2. comma dell'art. 20, e anzi più accentuatamente proprio dal 2. comma (la cui normativa sarà analizzata più avanti al n. 12). Questo infatti si occupa dell'ipotesi in cui vi siano più cointeressati all'impugnativa e uno di costoro abbia impugnato il provvedimento davanti al TAR; e (sull'implicito presupposto appunto dell'alternatività, e nonostante che questa non risulti *espressamente* enunciata in alcuna disposizione) dispone l'« esclusione », in tale ipotesi, del ricorso gerarchico.

L'alternatività tra ricorso gerarchico e ricorso al TAR è comunque una regola di portata limitata, essendo ammessa dall'art. 20 soltanto nel caso di impugnativa di provvedimenti di organi periferici dello Stato o di altri enti ultraregionali.

Quanto poi al fatto che, mentre l'art. 6 del D.lg. 1199 (emanato il 24 novembre 1971, e perciò prima della promulgazione della L. 1034, avvenuta il 6 novembre, quando poi la pubblicazione di esso, avvenuta soltanto il 17 gennaio 1972, è posteriore rispetto a quella della legge, avvenuta il 13 dicembre 1971) si occupa del regime della mancata decisione di tutti i ricorsi amministrativi ordinari, l'art. 20, 1. comma, della L. 1034, pur dettando una identica normativa, lo fa per i soli ricorsi gerarchici avverso provvedimenti di autorità periferiche, escluderei che le due disposizioni siano antinomiche come a prima vista potrebbe apparire, e che la seconda sia da considerare perciò (parzialmente) abrogativa dei precetti contenuti nella prima. Il 1. comma dell'art. 20 va considerato infatti in un contesto unitario col secondo, e assolve a una sua funzione proprio in correlazione con questo. Il 2. comma risolve, come si è visto, il caso in cui contro lo stesso provvedimento i vari cointeressati abbiano ricorso chi per via gerarchica, chi per via giurisdizionale, e muove dal presupposto dell'alternatività dei due rimedi. In relazione alla normativa contenuta in tale comma, quella contenuta nel primo ha la necessaria funzione di enunciare che l'alternativa (presupposta dal 2. comma) è ammessa soltanto nei casi contemplati appunto nel 1. comma, e cioè soltanto nei casi di provvedimenti di organi periferici. In tal modo funzionalizzata, la disposizione del 1. comma dell'art. 20 non può essere intesa come destinata a restringere la portata di quella dell'art. 6 D.lg. 1199 (il quale

fissa in via generale il regime della mancata decisione dei ricorsi amministrativi ordinari), e perciò ad abrogarla, sia pure parzialmente.

A parte i tassativi casi in cui è offerta l'alternativa tra ricorso amministrativo ordinario e ricorso giurisdizionale la nuova normativa non ha fatto venir meno l'esigenza del previo esaurimento dei rimedi amministrativi ordinari nei confronti degli atti amministrativi non definitivi. Tale esigenza comporta che la previa tempestiva proposizione del ricorso amministrativo ordinario continua a costituire, per regola generale, una condizione dell'azione giurisdizionale, sicché (fuori dei casi in cui è ammessa l'alternativa) il ricorso giurisdizionale proposto *omisso medio* deve esser considerato inammissibile.

Non si può tuttavia non lamentare le consapevole irrazionalità della nuova normativa. Se, in passato, centottanta giorni (e più) generalmente non bastavano all'Amministrazione per decidere un ricorso, come potranno bastare ora novanta giorni? E, una volta che si convenga che novanta giorni sono insufficienti, la necessaria previetà del ricorso amministrativo non rappresenta un intralcio vieppiù inutile, per il ricorrente? È chiaro perciò che sarebbe stato più logico e appropriato instaurare un regime di universale alternatività, così come era stato da più parti suggerito da tanto tempo.

19. – Un'altra attenuazione delle difficoltà di cui è cosparso il cammino del cittadino leso da un provvedimento amministrativo, che egli ritenga viziato, è rappresentata dal fatto che, in base all'art. 1, 1.co., del D.lg. 1199, non può ormai esservi più di un grado di ricorsi gerarchici (la regola non riguarda però anche gli altri ricorsi amministrativi ordinari).

Inoltre l'art. 2 dispone (e ved. anche l'art. 16), con provvida unificazione, che il termine per la proposizione dei ricorsi amministrativi ordinari è invariabilmente di trenta giorni.

20. – Viene naturale, a questo punto, di aprire una parentesi nella parentesi, per chiedersi come la nuova normativa, introdotta dall'art. 20 della L. 1034 e dall'art. 6 del D.lg. 1199, in ordine ai casi di inerzia dell'autorità amministrativa a seguito del ricorso gerarchico a essa presentato, si rifletta sulla normativa dell'inerzia dell'autorità amministrativa in caso (non di ricorsi, ma) di altre istanze, sulle quali essa sarebbe del pari tenuta a pronunciarsi. Normativa che la giurisprudenza ha sempre considerato strettamente accumunata alla prima, non soltanto sul piano sostanziale, ma anche su quello formale, allorché, per il formarsi del c.d. silenzio–rifiuto, ha preteso la medesima sequenza (istanza, centoventi giorni, diffida, sessanta giorni), che l'art. 5 t.u. com. e prov. esigeva per il formarsi del silenzio–rigetto.

Orbene: è appunto questo costante duplice accostamento tra le due fattispecie a far sì che, una volta che il legislatore ritenga sufficiente, perché il silenzio possa considerarsi come omissione di pronuncia sul ricorso gerarchico, il trascorrere di novanta giorni dalla proposizione del ricorso (e in tal modo mostra di esigere dall'Amministrazione maggiore speditezza e diligenza nello adempiere ai propri obblighi di quanto comportasse il cit.

art. 5 t.u. com. e prov.), non può non pensarsi che la medesima esigenza di speditezza e diligenza debba operare anche in relazione agli altri obblighi amministrativi di provvedere, e che il riferimento temporale, modificato dalla legge in relazione al ricorso gerarchico, debba considerarsi modificato allo stesso modo ai fini del formarsi del silenzio–rifiuto. È vero che, nel primo caso, la nuova legge prevede non più l'impugnativa del silenzio–rigetto, bensì quella dello stesso provvedimento invano impugnato col ricorso gerarchico, mentre nel secondo (mancando un provvedimento di primo grado) dovrà continuare a impugnarsi il silenzio (–rifiuto). Ciò però non dovrebbe esser sufficiente, data la stretta affinità delle ipotesi, a far escludere che il nuovo orientamento del legislatore (espressione di una mutata coscienza sociale in ordine all'obbligo di dilegenza dell'Amministrazione) faccia sentire definitivamente la sua decisiva portata anche sulla fattispecie del silenzio–rifiuto. Tantoppiù che già in vari altri casi il legislatore ha, in precedenza, considerato sufficiente al formarsi del silenzio–rifiuto il semplice trascorrere di un certo lasso di tempo senza che l'Amministrazione abbia in alcun modo risposto a una richiesta dell'interessato (per esempio, art. 31 L. urbanistica, così come sostituito con l'art. 10 L. 6 agosto 1967 n. 765).

21. – Apprezzabili semplificazioni sono state introdotte – per quanto attraverso norme non tutte perspicue – dalla L. 1034 e dal D.lg. 1199 anche in riferimento al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ai rapporti di esso col ricorso giurisdizionale.

L'anzidetto antico mezzo giustiziale dell'ordine amministrativo, concesso unicamente nei confronti dei provvedimenti definitivi, continua a esser considerato alternativo rispetto al mezzo giurisdizionale, il quale gli viene in ogni caso preferito. Perciò, una volta presentato quest'ultimo, il ricorrente non può più avvalersi del primo (art. 8 D.lg. 1199).

L'art. 20, 3. co., della L. 1034 enuncia a sua volta, per quanto in termini molto concisi e di applicazione non facile, la regola – di portata ben più vasta –, che, quando sia stato presentato un ricorso giurisdizionale al TAR, il ricorso straordinario « è escluso ».

Nel quadro di una remota tradizione legislativa e giurisprudenziale e nel contesto di un articolo che risolve nel senso della più rigorosa preferenza per il mezzo giurisdizionale anche i casi di concorrenza tra ricorso giurisdizionale e ricorso gerarchico, bisogna ritenere che con l'anzidetta formulazione (assai comprensiva proprio perché vaga e non specificata) il legislatore abbia voluto escludere la prevalenza della scelta del rimedio amministrativo, tanto se questo venga sperimentato dopo quello giurisdizionale, quanta se sia stato sperimentato prima, e tanto se chi se ne avvalga (o se ne sia avvalso) sia lo stesso soggetto del ricorso giurisdizionale, quanto se sia un altro interessato (cointeressato).

Ciò comporta che, una volta presentato (non importa da quale degli interessati) un tempestivo ricorso giurisdizionale, i cointeressati del ricorrente non hanno più la possibilità di proporre contro lo stesso provvedimento un

ricorso straordinario, né di coltivare il ricorso straordinario eventualmente proposto in precedenza.

Bisogna però riconoscere ad essi il diritto di intervenire (eventualmente anche con nuovi motivi) nel ricorso giurisdizionale proposto dal cointeressato. Ciò essi potranno fare, nel caso che abbiano precedentemente presentato un ricorso straordinario, entro il termine concesso per presentare un ricorso giurisdizionale, a decorrere dal momento in cui siano stati informati della pendenza dell'altrui ricorso giurisdizionale. Quando invece essi non abbiano presentato un ricorso straordinario, ma il termine per proporlo sia tuttora aperto, potranno ugualmente presentare il ricorso giurisdizionale entro il termine previsto per questo, a decorrere dal momento in cui siano stati informati della pendenza dell'altrui ricorso giurisdizionale; ma sempre che non sia nel frattempo decorso, per loro, il tempo per la proposizione di un ricorso straordinario.

22. – Si è detto che le due leggi del 1971 hanno introdotto varie semplificazioni a proposito del ricorso straordinario. In corrispettivo di esse l'art. 9 del D.lg. 1199 ha tuttavia ridotto purtroppo (da centottanta) a centoventi giorni quel maggior termine per la proposizione di questo rimedio giustiziale, che assolve alla funzione di render meno gravido di conseguenze sfavorevoli il fatto dela brevità del termine (di soli sessanta giorni) concesso per il ricorso giurisdizionale (art. 21 L. 1034).

A parte le facilitazioni nelle modalità di presentazione del ricorso (sostanzialmente corrispondenti a quelle già ricordate, relative ai ricorsi amministrativi ordinari) (art. 9, 2. e 3. co.) – la nuova legge ha poi apportato altre modifiche al regime dell'istituto, idonee a render meno disagevole e meglio garantito il cammino di chi abbia optato per questo vecchio, ma pur sempre utile, mezzo giustiziale.

È stato riconosciuto ai controinteressati di chiedere che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale (e cioè sia convertito in ricorso giurisdizionale).

Inoltre – allo scopo di superare le lungaggini ministeriali, che finora rendevano estremamente lenta la procedura – è stato disposto che il Ministero competente per l'istruttoria è tenuto a trasmettere al Consiglio di Stato, per il necessario parere di questo, il ricorso, con tutta la documentazione e le acquisizioni istruttorie, entro centoventi giorni dallo scadere del termine assegnato ai controinteressati per le loro difese (art. 11): termine che non si collega necessariamente alla presentazione del ricorso, potendo darsi casi di successiva integrazione del contraddittorio (art. 9, ult. co). Passati i centoventi giorni e trascorsi inutilmente trenta giorni da una istanza in tali sensi notificata al Ministero, il ricorrente può investire direttamente della procedura, in vista del parere, il Consiglio di Stato (art. cit., 2, co.). È previsto poi che quest'ultimo consesso (il cui parere non deve più esser pronunciato, di norma, in adunanza generale: art. 12) domandi al Ministero ulteriori attività istruttorie, da svolgere in contraddittorio con le parti (art. 13).

È evidente che, essendo state in tal modo accresciute notevolmente le garanzie formali del ricorso straordinario, saranno aperte, in futuro, a tutte le parti, ben maggiori prospettive d'impugnativa in sede giurisdizionale dei decreti di decisione dei ricorsi straordinari (ma sempre per motivi non inerenti ad *errores in decidendo*).

23. – Chiusa la parentesi relativa al rapporto tra ricorso giurisdizionale e ricorsi amministrativi, torniamo ora ai TAR.

Se costituiscono un'unica giurisdizione, questi hanno tuttavia una diversa sfera di competenza territoriale.

La generalità dei giudizi spetta, secondo i criteri di collegamento unitari fissati dalla legge (artt. 2-6), ai TAR locali. La maggior parte dei ricorsi contro gli organi centrali dello Stato o di enti a carattere ultraregionale aventi sede in Roma o nel Lazio spetta però al TAR di Roma, il quale assomma tale competenza a quelle comuni agli altri TAR (art. 3).

24. – La pluralità dei TAR – giudici della medesima giurisdizione, ma dotati di diversa competenza territoriale – può dare occasione a questioni di competenza territoriale di soluzione non sempre facile. Ciò particolarmente n relazione al fatto che non sempre la competenza del singolo TAR viene fatta dipendere dalla sede dell'autorità contro cui si ricorre (ved. infatti gli artt. 3 e 5), come pure al fatto che possono darsi casi di impugnativa di atti connessi (costituenti o no una serie procedimentale), il conoscere dei quali comporterebbe, se gli atti venissero impugnati isolatamente, a tribunali diversi, e, ancora, in relazione al fatto che, per ciò che riguarda talune fattispecie (segnatamente in materia di pubblico impiego), possono aversi ricorsi contro atti aventi una pluralità di destinatari, nei confronti di ciascuno dei quali la competenza territoriale sarebbe diversa.

Non è possibile in questa sede svolgere un'analisi delle varie ipotesi e ricercare la soluzione di esse. Ciò presupporrebbe, tra l'altro, approfondite indagini sul poco studiato problema della connessione degli atti amministrativi e su quello dell'unitarietà degli atti con pluralità di destinatari. Vale tuttavia la pena di osservare come sarebbe stato opportuno che, anche con riferimento ai casi in questione, il legislatore avesse fissato dei criteri « formali » per la determinazione del giudice competente.

Occorre però aggiungere che prudentemente il legislatore ha adottato talune misure volte a ridurre l'incidenza delle questioni di giurisdizione e di competenza sul corso e sull'esito del giudizio, e inoltre a diminuire il pericolo che le relative eccezioni siano utilizzate dalle parti come strumento defatigatorio.

Con riferimento alla giurisdizione, l'art. 30 statuisce che, oltre a poter fare valere le relative questioni in sede di appello al Consiglio di Stato, le parti di un giudizio pendente davanti a un TAR possono chiedere alla Corte di cassazione il regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c. (mezzo della cui ammissibilità nel giudizio amministrativo

finora si dubitava, con validi argomenti). Aggiunge, tuttavia, opportunamente, che la proposizione della relativa istanza « non preclude l'esame della domanda di sospensione del provvedimento impugnato ».

Con riferimento alla competenza territoriale, l'art. 31, a sua volta, esclude che il difetto di essa (il quale non è rilevabile d'ufficio) possa costituire motivo di nullità, e perciò d'impugnativa, delle decisioni dei TAR, e impone alle parti legittimate (resistenti e interventori) che intendano farlo valere, l'onere di chiedere al Consiglio di Stato il regolamento preventivo di competenza, in conseguenza del quale il giudizio davanti al TAR deve essere sospeso (l'istanza, da proporre mediante ricorso da notificare a tutte le parti, deve esser presentata entro venti giorni dalla costituzione in giudizio, e, precisamente – a quanto pare –, dal termine fissato dalla legge per costituirsi; nel caso che l'incompetenza diventi rilevabile attraverso i documenti depositati in giudizio, i venti giorni decorrono però dal deposito di essi; a ogni modo l'istanza non può esser presentata dopo il passaggio della causa in decisione; le altre parti hanno venti giorni per le loro difese; il Consiglio di Stato pronuncia in camera di consiglio in occasione della prima udienza successiva a tale termine, e in caso di rigetto dell'istanza è tenuto a condannare l'istante alle spese processuali).

Un'ulteriore attenuazione (per la verità eccessiva per la sua illimitatezza) delle difficoltà inerenti alle questioni di competenza è prevista dal 4. co. dell'art. 31, in base al quale, se tutte le parti sono d'accordo, il giudizio può essere trasferito a un altro TAR (davanti al quale, una volta che abbiano ricevuto comunicazione della trasmissione degli atti, le parti debbono costituirsi entro venti giorni).

Sempre nel medesimo spirito – e con più forte giustificazione – l'art. 32 esclude che costituisca vizio della decisione del TAR il fatto che questo abbia pronunciato nella sua sede principale anzicché in sede di sezione staccata, o viceversa. Comunque, le parti chiamate in giudizio nella sede che ritengano non appropriata hanno in simili casi l'onere di proporre (a pena di decadenza) la eccezione non oltre quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso (la disposizione dovrebbe comportare che gli intervenienti, i quali non siano parti necessarie – e cioè parti che avrebbero dovuto esser chiamate necessariamente in giudizio –, non sono legittimati alla eccezione); e la questione viene decisa dal presidente del TAR con ordinanza motivata, non impugnabile.

Tale regime dimostra che, se attiene all'ordine dei giudizi, la distribuzione delle cause tra sede principale e sede staccata dei TAR non inerisce tuttavia alla competenza. Le diverse sezioni (principali e distaccate) dei TAR non esercitano competenze diverse, ma la stessa competenza, e la ripartizione delle cause tra le sezioni stesse attiene alla divisione del lavoro all'interno di quella competenza e ha carattere meramente ordinatorio

25. – Non è questa la sede per una disamina organica del processo davanti ai giudici amministrativi, quale risulta dopo l'istituzione dei TAR.

Basterà ricordare a merito della riforma l'alleggerimento degli oneri del ricorrente in ordine al deposito del provvedimento impugnato (art. 21), e segnalare talune innovazioni in materia di perenzione (artt. 23–24), e talune altre – forse non tutte opportune – in materia di interruzione del processo (art. 24), non senza lamentare la non perspicuità delle modeste innovazioni in materia istruttoria (art. 23, 5. co.).

Pure da lamentare è il fatto che non si sia colta la occasione per assicurare ai giudizi per l'ottemperanza ai giudicati quel contraddittorio di cui oggi sono assurdamente (e incostituzionalmente) sprovvisti.

26. – Delle sentenze dei TAR la legge 1034 prevede l'appellabilità al Consiglio di Stato, il cui ruolo è stato così ridotto a quello di giudice di secondo grado. Il termine per l'appello è di 60 giorni.

Il giudizio di appello ha la stessa estensione (sola legittimità, o anche merito e questioni di diritto, a seconda dei casi), che di volta in volta è ammessa per il giudizio di primo grado. In esso al Consiglio di Stato è riconosciuta poi la stessa portata di poteri di cognizione e di decisione riconosciuta ai TAR (art. 28, co. 3. e 4). Ciò comporta che, diversamente dai ricorsi contro le decisioni delle Giunte prov. amministrative e contro le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia, il cui carattere appellatorio era notevolmente attenuato da alcuni aspetti propri del giudizio cassatorio, il ricorso contro le decisioni dei TAR riveste vero e proprio carattere appellatorio.

Con eccessivo semplicismo, la nuova legge ha voluto che nel giudizio di appello si continuino ad osservare (fatta eccezione per la interruzione del processo) le previgenti norme di procedura relative al giudizio davanti al Consiglio di Stato (praticamente, le norme che si applicavano nei giudizi di appello contro le decisioni delle Giunte prov. amministrative) (art. 29, 1. e ult. co.). In tal modo non sono state estese ai giudici di appello talune innovazioni introdotte per il giudizio di primo grado, che ben si attaglierebbero anche al primo, e in relazione alle quali una differenziazione appare assolutamente illogica (si pensi alle disposizioni in materia di perenzione, nonché a quelle relative alla trattazione della causa in camera di consiglio, le quali ultime potrebbero essere estese al giudizio di appello solo forzando la portata dell'ult. co. dell'art. 28).

27. – Proposto l'appello, il ricorrente può chiedere la sospensione della sentenza del TAR e il Consiglio di Stato può accordarla in camera di consiglio, con ordinanza motivata, quando da essa possa « derivare un danno grave e irreparabile » (art. 33, 2. co).

28. – Nei confronti delle sentenze pronunciate in grado d'appello contro le decisioni dei TAR, la L. 1034 prevede i rimedi tradizionali: ricorso per revocazione e ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 36).

29. – La regola del doppio grado di giurisdizione del giudizio amministrativo, introdotta con la L. 1034, ha talune spiegabili eccezioni nel campo dei giudizi di ottemperanza ai giudicati, di cui all'art. 27 n. 4 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054.

Fermo il principio che negli altri casi per essi sono competenti i TAR (e le relative decisioni sono soggette agli ordinari rimedi), l'art. 37 della nuova legge attribuisce alla competenza, in unico grado, del Consiglio di Stato i ricorsi per l'ottemperanza ai giudicati dei giudici ordinari quando l'autorità amministrativa della cui inottemperanza si discuta eserciti la propria attività anche al di fuori della circoscrizione di una sola regione (co. 1. e 2.), nonché i ricorsi per l'ottemperanza ai giudicati dello stesso Consiglio di Stato (sempre che non si tratti di un giudicato che abbia confermato, in sede d'appello, la sentenza di un TAR) (co. 3. e 4.).

Occorre tener presente che anche in questa materia è fatta salva la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia (art. 40) (a tal proposito va ricordato che il TAR della Sicilia, avendo ereditato le sole attribuzioni delle Giunte prov. amministrative, non ha competenza in materia di giudizi di ottemperanza: ved. *supra*, n. 14).

30. – Nel sommario esame panoramico della legge istitutiva dei TAR si è avuto modo di segnalare la modestia della sua portata innovativa, e di cogliervi insufficienze, lacune, imperfezioni, incertezze, mancanza di adeguata coordinazione e di omogeneizzazione tra procedura del giudizio di primo grado e procedura del giudizio di secondo grado. Tutto ciò dovrebbe comportare, quanto meno, un sollecito riordinamento unitario della materia regolata da quella legge e dalla normativa del giudizio di appello. E lo strumento più appropriato a tal fine appare quello di una delega legislativa non avara, ordinata alla emanazione di un testo unico completo, organico, chiaro e capace di far fronte, nella materia specifica, ai segnalati inconvenienti.

Se questo deve essere l'obbiettivo immediato, non bisogna però perdere di vista l'altro, più ambizioso, ma anch'esso indilazionabile, di quella autentica revisione della intera materia della giustizia amministrativa, che tanto finora ha tardato a venire. Una revisione, la quale ristrutturi quest'ultima in termini più moderni, più pratici, più efficienti, sicché essa possa effettivamente rispondere – e con prontezza – a quella funzione garantistica, in mancanza del cui soddisfacimento lo Stato di diritto e la democrazia (le libertà e l'uguaglianza dei cittadini) non possono considerarsi realizzati in modo completo.

Primi spunti giurisprudenziali sulla sezione TAR di Bolzano*

Pubblicato in

*Giurisprudenza Italiana***
Torino, 1973, III, 1, col. 305-306

* *Nota* a Consiglio di Stato, Sez. V, 4 maggio 1973 n. 150, *ibid.*, col. 305; la massima è riportata alla pagina seguente

** Estratto con paginatura autonoma

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V: 4 MAGGIO 1973 N. 150 (ORD.); PRES. BREGLIA, REL. CHIEPPA; ESPEN (AVV.TI RIZ, PROSPERI) C. COMUNE DI LAIVES (N. C.).

Fino all'entrata in funzione della Sezione speciale di Bolzano del Tribunale amministrativo regionale del Trentino-Alto Adige sopravvive, nelle materie che dovranno passare alla competenza di essa, la competenza del Consiglio di Stato in unico grado.

La massima — che non ha precedenti — si ricava indirettamente dalla motivazione dell'ordinanza, estremamente succinta, secondo la prassi della materia soprassessoria.

Il ricorso investiva la deliberazione di un Consiglio comunale che includeva nella zona di espansione dell'abitato una proprietà del ricorrente. Uno di quegli atti amministrativi, cioè, la cui impugnativa, per il combinato disposto dell'art. 2, lett. *b*, n. 3, e dell'art. 38, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei TAR, non rientra piú nella competenza del Consiglio di Stato nonostante che i TAR (pur « istituiti ») non siano ancora entrati in funzione (Cons. Stato, Ad. plen., 28 aprile 1972, n. 5, in *Giur. ital.*, 1972, III, 1, 225).

La decisione dell'adunanza plenaria appena ricordata ha peraltro provvidamente affermato che, una volta proposto (a... futura memoria) il ricorso al TAR, il ricorrente può, documentandone la presentazione, rivolgersi, per ottenere la sospensione di simili atti, al Consiglio di Stato. In tal modo l'alto consesso di giurisdizione amministrativa ha cercato di rendere meno grave l'assurdo e prolungato vuoto di giurisdizione creato (e gli artt. 24 e 113 Cost.?) dal legislatore.

Nel caso in esame il ricorrente invece si era rivolto al Consiglio di Stato non solo per la sospensione, ma anche per l'annullamento dell'atto (senza impugnarlo perciò — almeno nell'attuale procedura — davanti al TAR). Ciò avrebbe comportato sicuramente, ove si fosse trattato dell'impugnazione di un atto di un Comune di qualsiasi altra provincia, l'inammissibilità, per incompetenza, del ricorso, e cosí pure dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato.

L'ordinanza in rassegna tuttavia non ha dichiarato inammissibile l'istanza di sospensione, sul presupposto (« ritenuto... ») « che non è ancora intervenuta la disciplina della istituenda sezione staccata, con ordinamento speciale, con sede in Bolzano », e richiamandosi a una memoria del ricorrente nella quale è stata sostenuta la persistente temporanea competenza di unico grado del Consiglio di Stato a decidere dei ricorsi, che, in base alle leggi entrate in vigore ma non ancora attuate, dovranno passare (nel quadro del complesso giurisdizionale TAR-Consiglio di Stato) alla competenza della sezione staccata di Bolzano del TAR del Trentino-Alto Adige.

In proposito sarà bene richiamare l'aggrovigliata legislazione.

A seguito delle intese politiche intervenute con la Repubblica austriaca e i rappresentanti della Comunità altoatesina, è stata introdotta (con la Legge cost., 10 novembre 1971, n. 1) nello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige una disposizione (che nel T. U. dello statuto regionale redatto dal Governo con D. P. R. 31 agosto 1972, n. 670, è ora inserita nell'art. 90) in base alla quale in quella regione « è istituito un tribunale regionale di giustizia amministrativa con una autonoma sezione per la provincia di Bolzano, secondo l'ordinamento che verrà stabilito al riguardo ». Per tale « sezione autonoma » l'art. 91 del nuovo statuto prevede una composizione speciale, che delinea soltanto in parte. L'art. 92 deferisce poi ad essa (in aggiunta alle altre) talune particolari competenze in ordine agli atti amministrativi delle autorità aventi sede nella regione, che siano lesivi della parità dei gruppi linguistici.

In correlazione con tali disposizioni (che hanno abrogato quella dell'art. 78 dello statuto approvato con la L. cost. 26 febbraio 1948, n. 5, il quale riproduceva puntualmente il 2° comma dell'art. 125 Cost.) è stata introdotta nella legge sui TAR (L. n. 1034 del 1971, cit.) la disposizione dell'art. 1, 4° comma, la quale « istituisce » nella regione Trentino-Alto Adige « una sezione staccata, *con ordinamento speciale* », con sede in Bolzano, aggiungendo però che « alla sua *disciplina* » (e cioè — è da ritenere — appunto all'« ordinamento » di cui è parola nell'art. 90 dello statuto regionale) « si provvede con altra legge ».

La particolarità della composizione e (sia pure sotto il limitato profilo di cui all'art. 92) delle attribuzioni comporta che quella della « sezione staccata con ordinamento speciale » (che l'articolo 90 dello statuto definisce addirittura « autonoma ») sia da considerare come una competenza funzionale (come tale inderogabile), non una mera competenza per territorio (cfr. SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, II [11], Napoli, 1973, 165 e segg.). Ciò non basta tuttavia a far escludere l'applicazione anche ad essa della disposizione dell'art. 47 della legge sui TAR (che ha fatto venir meno la competenza del Consiglio di Stato nelle materie di spettanza dei TAR ivi indicate).

Evidentemente l'ordinanza in rassegna deve aver ricavato la convinzione dell'esclusione dell'applicabilità immediata dell'articolo 42 (e, a quanto è dato ritenere, dell'intera legge sui TAR, la quale perciò, in mancanza della futura legge prevista dal 4° comma dell'art. 1 di essa, non dovrebbe applicarsi nella provincia di Bolzano neanche una volta che i TAR siano entrati in funzione) dal fatto che, mentre per gli altri TAR (e per lo stesso TAR del Trentino-Alto Adige, limitatamente alla provincia di Trento) la legge che ne contiene la normativa già esiste, per la « sezione staccata con ordinamento speciale » da istituire in Bolzano l'art. 1 della legge sui TAR (siccome l'art. 91 dello statuto, riguardante la composizione e il funzionamento della se-

zione, abbisogna di norme di attuazione) dispone che « alla sua disciplina si provvede con altra legge ».

Poiché (salvo la particolare competenza in materia di parità dei gruppi linguistici di cui all'art. 92 dello statuto) la sfera di attribuzioni della sezione speciale è già segnata dalla legge sui TAR (la quale regola in modo uniforme la giurisdizione di tutti i TAR), e poiché l'« ordinamento » speciale della sezione, di cui si parla nell'art. 90 dello Statuto e nell'art. 1, 4° comma, della legge sui TAR, deve essere inteso come attinente al solo aspetto organizzatorio, la soluzione suscita però perplessità. Appare piú coerente al sistema ritenere che anche nella provincia di Bolzano sia già operativa, come nelle altre (per ora nei limiti delle norme transitorie), la legge sui TAR, e quindi il sistema delle competenze da essa instaurato.

Se dalla succinta motivazione ne abbiamo bene inteso le premesse logiche, la decisione in rassegna è tuttavia da apprezzare per il fatto che viene, nel periodo intermedio, a ridurre, quanto meno per la provincia di Bolzano, la sfera d'applicazione dell'odiosa disposizione dell'art. 42 della legge sui TAR.

Justicia administrativa y Constitución

Pubblicato in

Revistas de estudios politicos
Madrid, 1979, pp. 37-46

1. Entre los aspectos que la nueva Constitución española tiene en común con la Constitución italiana, destaca la atención dedicada al tema de la legalidad de la actuación administrativa y de los medios jurisdiccionales instituidos para garantía de la misma.

Sin embargo, el documento español aparece, globalmente, más minucioso y evolucionado en su compromiso de asegurar tutela constitucional a las garantías en discusión.

2. Lo dicho se aplica especialmente a la disciplina de las modalidades de la actuación administrativa.

La Constitución italiana se mantiene en este respecto (igual que la generalidad de las constituciones contemporáneas) a nivel bastante genérico. Cuando se ocupa de la administración pública, el artículo 97 se limita a afirmar que la ley debe preocuparse que la organización de aquélla sea tal que «asegure el buen funcionamiento y la imparcialidad de la actuación administrativa». Sin embargo, nada se lee en la Constitución a propósito del «justo procedimiento» administrativo y de las garantías que en el ámbito de éste se ofrecen a los particulares. Esto no ha favorecido la evolución del procedimiento administrativo hacia formas más abiertas y avanzadas. El retraso que en este aspecto se nota en la legislación italiana en comparación con otros ordenamientos, parece aún más sorprendente, ya que por lo menos el principio de la audición previa de los interesados —aunque descuidado en la legislación, en la práctica y en la jurisprudencia sucesivas— había quedado ya afirmado a nivel genérico en la primera ley relativa a la justicia administrativa del Estado italiano unificado (Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248, Ane. E, art. 3.º).

España, por el contrario, tiene tras de sí una apreciable tradición relativa a los procedimientos de formación de los actos administrativos. Con dicha tradición enlaza la nueva Constitución cuando prescribe que en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas (es decir, de los actos que contienen prescripciones cuyo sucesivo cumplimiento es generalmente necesario y que poseen normalmente carácter general) deben ser escuchados los ciudadanos «directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley» (art. 105, *a);* no se trata de una intervención «participativa», pero de todas formas es evidente la importancia garante de la prescripción, aun cuando requiera todavía normas reguladoras. Aún más importante es la prescripción constitucional que asegura a los interesados el derecho de ser escuchados en todas aquellas ocasiones en que se produzcan actos administrativos que toquen su esfera jurídica (art. 105, *c).* Finalmente, se eleva también a norma constitucional el ofrecimiento a todos los ciudadanos (independientemente de sus posibles intereses directos) de la posibilidad de acceder a los archivos y a los registros administrativos (art. 105, *b),* acceso que en el ordenamiento italiano tiene carácter excepcional. En la Constitución española la norma se introduce armónicamente en un cuadro más amplio en el que encuentran su lugar normas que configuran como instituciones constitucionalmente importantes el Defensor del Pueblo (arts. 54 y 161, *b)* y, cuando sea prevista por la ley, la acción popular (art. 125). Dos instituciones de las que la primera, aunque prevista en algunos estatutos regionales, es absolutamente desconocida a nivel nacional en la legislación italiana (si bien la idea de introducir un Defensor Cívico nacional sea patrocinada por algunos sectores políticos), mientras que las acciones populares admitidas por la vigente legislación son bastante raras y difíciles de poner en práctica.

Otra disposición de la Constitución española que llama la atención de los juristas italianos es la enunciada en el artículo 106, 2. Dicha disposición enlaza con cuarenta años de evolución legislativa y reconoce, exceptuando los casos de fuerza mayor, el derecho a la indemnización (la Constitución no habla de resarcimiento total, pero aun así parece tratarse de una compensación íntegra) cada vez que un particular sufra de una u otra manera (y, por tanto, aun cuando no exista culpabilidad alguna por parte de la Administración) un daño, «consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», en bienes o derechos salvaguardados por la ley. Se trata de una compensación que, enlazando con el principio equitativo *cujus commoda eius incommoda,* complementa muy civilmente, y va más allá, el común resarcimiento previsto por el Derecho civil en los casos de violación culpable de derechos. Estos son los únicos casos en los que el artículo 28 de la

Constitución italiana, que es más avaro, prevé (basándose en el principio de responsabilidad) una compensación, que consiste en el resarcimiento del daño.

3. Mientras que la disciplina de la actuación de la Administración pública tiene en la Constitución italiana una reglamentación menos exhaustiva y satisfactoria, puede decirse que, aparentemente por lo menos, existe una mayor correspondencia entre la Constitución italiana y la española a propósito de las garantías jurisdiccionales frente a la Administración misma.

La disposición de la Constitución española según la cual «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24, 1), corresponde casi exactamente a las disposiciones de la Constitución italiana que afirman que «todas las personas pueden litigar en tutela de sus propios derechos e intereses legítimos» (art. 24, 1) y la defensa queda reconocida como «derecho inviolable» (art. 24, 2), garantizando, pues, a las personas con recursos insuficientes una asistencia legal a expensas de la comunidad (art. 24, 3). La falta en el texto español de disposiciones como las contenidas en el artículo 113, 1 y 2 de la Constitución italiana no puede ser considerada expresión de menor tutela jurisdiccional de los derechos y los intereses legítimos frente a la Administración pública. Se trata, efectivamente, de disposiciones sustancialmente repetitivas, a propósito de los actos de la Administración pública, de aquellas ya plasmadas, de manera general, en el artículo 24, 1, y la repetición obedece a una razón histórica. Afirmando que los «actos de la Administración pública» están sujetos a los tribunales sin excepción alguna, en función de la tutela de los derechos y de los intereses legítimos de todas las personas, y que tal sujeción a los tribunales no puede quedar «limitada a particulares medios de impugnación», el artículo 113 de la Constitución italiana se propuso en realidad poner únicamente una barrera inequívoca e insuperable (pero sustancialmente superflua, dada la formulación del artículo 24) a toda tentativa de vuelta a un sistema de legislación de privilegio del que se había abusado en el pasado.

Merece ser señalado a este propósito, dada la importancia que la cosa puede tener también en relación a los fines de la justicia administrativa española, que la jurisprudencia constitucional italiana se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que la subordinación de la solicitud de la acción jurisdiccional (ordinaria o administrativa) a la previa presentación de un recurso administrativo no contrasta con los artículos 24 y 113 de la Constitución. Se trata de un punto de vista con el que estamos de acuerdo,

al menos en los límites en que se pueda excluir (y en general se puede excluir) que ello represente (a causa de los plazos, de los trámites, del procedimiento) un obstáculo de tal magnitud a la tutela jurisdiccional que comprometa o debilite el derecho a ser tutelado mediante proceso. Hay que excluir, sin embargo, que la configuración de un recurso administrativo previo como presupuesto de la acción jurisdiccional pueda ser llevado a cabo en la legislación regional, ya que, según la jurisprudencia constitucional, las regiones no pueden legislar en materia de jurisdicciones y de procesos.

Es necesario recordar, de todas maneras, que la Ley de 6 de diciembre de 1971, número 1.034, que instituía los tribunales administrativos locales, disponía ya, de manera general, que cuando una ley prevea un recurso administrativo, el interesado puede elegir entre la vía administrativa previa y el inmediato recurso jurisdiccional; de manera que, al menos en el campo de la jurisdicción administrativa, ya no existe en Italia (al contrario que en España) una prelación necesaria del recurso administrativo sobre el recurso jurisdiccional y el agotamiento de la vía administrativa ya no constituye presupuesto necesario de este último.

Otro punto que puede considerarse incorporado a la jurisprudencia, a la doctrina e incluso a la legislación italiana misma es que, allí donde la ley ofrezca a los interesados la alternativa entre el recurso jurisdiccional y un recurso administrativo cuya utilización impida todo tipo de recurso posterior (como es el caso del recurso extraordinario al Jefe del Estado) y éstos opten por la vía administrativa, no puede considerarse lesivo de los artículos 24 y 113 de la Constitución el hecho que a quienes hayan optado libremente por la vía administrativa (renunciando implícitamente en tal modo a la jurisdiccional) quede cerrada la vía jurisdiccional contra la disposición adoptada como consecuencia del uso de la vía administrativa que ha sido preferida (art. 10, 3, Decreto-ley de 24 de noviembre de 1971, número 1.199).

He señalado que la falta en la Constitución española de una disposición correspondiente al artículo 113 de la Constitución italiana no indica una menor garantía jurisdiccional frente a la actuación de la Administración. Hay que añadir, por otro lado, que tampoco indica garantías menores la falta, en el ordenamiento italiano, de una disposición constitucional correspondiente a la enunciada en el artículo 106, 1 de la Constitución española, según la cual los tribunales controlan el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Se trata de un principio que corresponde sustancialmente al enunciado en el artículo 5.º de la ley italiana

de 1865 con que fueron abolidos los «tribunales contencioso-administrativos» (Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248, Ane. E) y que puede considerarse amparado por los artículos 24, 97 y 113 de la vigente Constitución.

4. No faltan, sin embargo, algunos sectores en los que las garantías jurisdiccionales ofrecidas a los sujetos interesados son menos robustas en Italia.

Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, mientras que, al igual que en España, se pone en manos de los jueces ordinarios la competencia para conocer de las controversias relativas a las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad relativas a los cargos de los componentes de los cuerpos electivos de los entes territoriales (regiones, provincias y ayuntamientos), se pone, por el contrario, en manos de las Cámaras del Parlamento y, por tanto, de órganos políticos y no imparciales, la competencia para conocer de las controversias relativas a la elegibilidad y a la compatibilidad de los componentes de dichas Cámaras (art. 66). Más coherentemente y con mayores garantías, el artículo 70, 2 de la Constitución española atribuye, por el contrario, también a los jueces la tutela del derecho subjetivo al cargo parlamentario (derecho que se hace valer no sólo frente al sujeto particular con intereses contrarios, sino también frente a la autoridad administrativa que preside la realización de la elección y a la autoridad parlamentaria que procede o no a la convalidación o a la declaración de inelegibilidad).

Aún más importante es la tutela jurisdiccional que podrán gozar las libertades fundamentales en base a la Constitución española, cuando se traducirán en normativa concreta las previsiones de un procedimiento acelerado ante los jueces ordinarios y de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contenidas en los artículos 53, 2; 161, 1 *b)* y 162, 1 *b)* de la Constitución. Habrá entonces una protección más consistente, similar a la que desde muchos sectores ha sido, y aún es, invocada para el ordenamiento italiano, respecto al cual las intervenciones judiciales de tutela de las libertades fundamentales llegan a veces demasiado tarde y la última palabra corresponde a jueces que no poseen aquella particular sensibilidad al argumento que suele ser considerada propia de los jueces constitucionales.

5. Sin embargo, el verdadero talón de Aquiles de la justicia administrativa italiana está representado por el hecho de tener el principal punto de referencia en lugar de en la naturaleza pública o privada de la relación, en una distinción entre derechos e intereses legítimos fundada, por razones históricas, sobre bases bastante artificiosas y extremadamente sutiles. De

hecho, se sabe que en Italia son los jueces civiles y no los administrativos quienes conocen de las cuestiones relativas a derechos, incluso si se refieren a relaciones de Derecho público, mientras, normalmente, los jueces administrativos conocen sólo de las cuestiones relativas a relaciones de Derecho público en las que los particulares reivindican sólo intereses legítimos.

Los conceptos de las dos figuras subjetivas señaladas (derechos e intereses legítimos) no coinciden en Italia con los que existen en otros países donde la distinción es aceptada. La razón de esto se remonta a la excesiva dependencia respecto al poder ejecutivo demostrada por los jueces durante los primeros treinta años de la Italia unida y transmitida a las décadas siguientes. La categoría de los derechos subjetivos quedó forzosamente reducida respecto a sus límites naturales. Esto dio lugar a una dilatación de la categoría de los intereses legítimos, hasta incluir todos aquellos casos en que un derecho puede ser menoscabado por el poder administrativo. Como quiera que la tutela de las dos posiciones subjetivas diversas queda confiada por la ley a dos diferentes órdenes jurisdiccionales —el civil, que está subordinado al Tribunal de Casación, y el administrativo, que está subordinado al Consejo de Estado— y dichos órdenes jurisdiccionales disponen, en relación a los actos administrativos de potestades diversas —pudiendo generalmente anular dichos actos solamente el juez de los intereses legítimos y teniendo que limitarse el juez de los derechos subjetivos a declarar la ilegitimidad del acto y, eventualmente, a condenar a la Administración al resarcimiento de los daños—, es evidente la importancia, es más, la gravedad de las consecuencias, sustanciales y procesuales, vinculadas a tan inconsistente distinción, que depende en realidad de un *judge-made law.*

La sede constituyente podría haber sido la gran ocasión para superar este tradicional estorbo de la justicia administrativa italiana. Pero la ocasión no fue aprovechada. La Constitución ha salvaguardado la jurisdicción administrativa, subordinada al Consejo de Estado, conservando para la misma, en principio, la tutela de los intereses legítimos (art. 103) y convirtiendo, en realidad, esta jurisdicción especial en la jurisdicción ordinaria en materia de intereses legítimos (no faltan, sin embargo, casos excepcionales en los que los tribunales ordinarios conocen de cuestiones relativas a intereses legítimos).

La única innovación enunciada en la Constitución fue la institución en cada región de tribunales administrativos de primer grado. En la Constitución no se dice que la competencia de estos últimos (que, naturalmente, siguen siendo tribunales *del Estado)* deba extenderse a la totalidad de las materias que eran competencia (en único o en segundo grado) del Consejo de Estado; sin embargo, a los tribunales administrativos, instituidos me-

diante la Ley de 6 de diciembre de 1971, número 1.034, en cada región, ha sido atribuida una competencia de primer grado de carácter general, de manera que, salvo algunas raras excepciones, el Consejo de Estado funciona hoy, en sede jurisdiccional, sólo como juez de segundo grado.

6. La Constitución italiana ha salvaguardado también otra jurisdicción administrativa tradicional, la del Tribunal de Cuentas, «en las materias de contabilidad pública y en las otras materias especificadas por la ley» (artículo 103). Una jurisdicción que —yendo aún más allá de la prescripción constitucional (cuya interpretación más correcta conduciría al reconocimiento al legislador de una potestad de elección)— la jurisprudencia común y constitucional ha considerado «reservada» al Tribunal de Cuentas, hasta el punto de excluir toda posibilidad de atribuir a otros jueces (y al juez ordinario mismo) competencias en materia de contabilidad pública (o sea, de responsabilidades de los funcionarios públicos obligados a rendir cuentas de las gestiones que han llevado a cabo).

Aparte de a esta materia, que se considera constitucionalmente que le está «reservada», la jurisdicción del Tribunal de Cuentas se extiende hoy a las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos hacia el Estado y las regiones respecto a la labor desarrollada en el ejercicio de sus funciones, al contencioso relativo a las jubilaciones y al contencioso relativo a las relaciones de trabajo del personal del Tribunal mismo.

Se trata de una competencia jurisdiccional de muy amplio carácter, que se ejerce en un único grado y se suma a las competencias de control (contable y de legitimidad) que son propias de este Tribunal. Esto hace advertir la exigencia de descentralizar también la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas (como ya se ha hecho con la función de control en lo que a los órganos estatales y a los entes locales respecta) y eventualmente de instituir órganos locales del Tribunal competentes para el ejercicio de la justicia en primer grado.

7. Mientras la Constitución española (arts. 117, 5; 122, 1, y 123, 1) afirma el principio de la unidad jurisdiccional, con la única excepción de la jurisdicción militar, la Constitución italiana, además de esta última jurisdicción (en tiempo de guerra), sustrae también al principio de la unidad jurisdiccional el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas (art. 111). Las sentencias de estos últimos tribunales quedan excluidas en realidad del control del Tribunal de Casación en los casos de violación de la ley, aunque, por el contrario, se admite este control en relación a las sentencias de los demás jueces ordinarios y especiales (art. citado). En lo que respecta a las

sentencias del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, se admite el recurso ante el Tribunal de Casación «sólo por motivos relativos a la jurisdicción»: el Tribunal de Casación conoce de estas sentencias únicamente en el ejercicio de la función de juez de conflictos, no en el ejercicio de la función de custodio de la ley que la Constitución le reconoce respecto a las sentencias de los jueces ordinarios y especiales.

8. Además de los jueces especiales de los que hasta ahora hemos hablado (Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas y órganos jurisdiccionales a ellos subordinados), la Constitución italiana no excluye en realidad la existencia de otros jueces especiales. Excluye totalmente (al igual que la Constitución española: art. 117, 6) la posibilidad de jueces extraordinarios (es decir, de tribunales de excepción creados *ad hoc* en circunstancias excepcionales y para hacer frente a las exigencias relativas a tales circunstancias) y excluye asimismo la posibilidad de instituir *nuevos* jueces especiales (artículo 102), demostrando de este modo una «línea de tendencia» hacia la unificación de la función jurisdiccional en los tribunales ordinarios. Sin embargo, además de la expresa conservación (y, por tanto, la constitucionalización) de las jurisdicciones especiales del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas y de la institución en las regiones de «órganos de justicia administrativa de primer grado» (que han sido creados posteriormente con la ya mencionada Ley 1.034 de 1971), la Constitución consiente la supervivencia de los jueces especiales preexistentes (art. 108) y en particular de aquellos que ejercen funciones de justicia administrativa (art. 103), prescribiendo, por lo demás, su «revisión» (disposición final VI) en vista de su eventual supresión o de su adecuación a las prescripciones constitucionales (principalmente a aquellas destinadas a asegurar una posición de independencia también a los jueces especiales: art. 108).

Es en virtud de estas disposiciones que se ha podido conservar la jurisdicción administrativa (análoga a la del Consejo de Estado, pero de único grado y sujeta al control de legitimidad del Tribunal de Casación) del Tribunal Superior de las Aguas Públicas (art. 143 t. u. de 11 de diciembre de 1933, núm. 1.115) y que se ha procedido a la revisión de las comisiones tributarias, una jurisdicción tradicionalmente competente para conocer de las cuestiones de legitimidad y de mérito en las controversias relativas a las obligaciones tributarias, salvo el sucesivo recurso al juez civil. Pero han sobrevivido también algunas jurisdicciones especiales de menor importancia. Otras, por el contrario, han desaparecido a consecuencia de sentencias constitucionales que han declarado ilegítimas las leyes que las establecían, ya que no garantizaban a sus componentes una adecuada posición de inde-

pendencia. De modo que, en relación a aquellas jurisdicciones especiales que eran poco coherentes con la Constitución, la labor de revisión no llevada a cabo por el legislador ha sido efectuada en realidad por el Tribunal Constitucional. Y esto representa uno de los puntos a favor de la justicia constitucional italiana.

9. Para concluir esta breve intervención, que no pretende poseer la importancia de un estudio, me complace subrayar cómo —aparte las diferencias— sea muy significativa la importancia que tanto la Constitución italiana como la española demuestran atribuir a los temas de la legalidad en la actuación administrativa y a los de la justicia administrativa. Sin una justicia independiente y eficiente no existe salvaguardia para ningún derecho. Y sin una legalidad en la actuación administrativa garantizada por una justicia administrativa independiente y eficiente, se pone en discusión la democracia misma, que no es sólo participación de los individuos en el poder, sino que es también salvaguarda de los individuos frente al poder. El Estado democrático es, y debe ser, Estado social. Pero si no es también (y de manera efectiva) Estado de Derecho, un Estado no puede ser ni siquiera Estado social. Ningún derecho de los individuos puede decirse que sea tal, en realidad, allí donde no se le pueda hacer justicia.

No menos importante, sin embargo, es subrayar que, en lo que se refiere a las libertades y a los derechos fundamentales —que son estrictamente inherentes al ser humano y, por tanto, a la vida del hombre que es (¡ay!) breve—, una justicia que se dé con retraso sufre el riesgo de convertirse, muy a menudo, en falta de justicia. En este terreno es esencial que el tiempo que pasa entre la lesión del derecho y el fallo del juez quede reducido al mínimo. En ciertos casos sólo una intervención urgente de la justicia puede ser reparadora y satisfactoria hasta el punto de que se considere no defraudadora la función de esta justicia. El reconocimiento del derecho a obtener el pasaporte o la afirmación de la ilegalidad de la prohibición de un mitin, cuando llegan después de meses (o años) del recurso, se convierten en una negación a hacer justicia.

El problema de la rapidez de las intervenciones de la justicia tutelar de las libertades y los derechos fundamentales es, por tanto, común al Derecho italiano y al español. De hecho, la misma Constitución española, en su artículo 53, no enuncia nada más que serias intenciones. Será privilegio de las leyes comunes traducir más tarde en realidades tales intenciones y desatar el grave nudo de la realización de una justicia inmediata y eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Un nudo éste que deberá ser desatado mediante la atribución a un único juez (el ordinario) de las

intervenciones de urgencia y mediante la posibilidad de impugnar inmediatamente con el recurso de amparo la sentencia de primer grado de dicho juez. De esta manera, el juez ordinario llegaría a asumir una función análoga a la atribuida en la Constitución de la II República a los «Tribunales de Urgencia», que después no fueron jamás instituidos.

(Traducción de FAUSTINO GONZÁLEZ.)

Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*

Pubblicato in

Diritto e Società
Padova, 1982, pp. 19-53

* Relazione al Convegno torinese celebrativo del CL anniversario della istituzione del Consiglio di Stato (novembre 1981)

SOMMARIO: 1. Difficoltà e incertezze del tema. — 2. Tipologia degli effetti delle sentenze di accoglimento dell'impugnativa di atti amministrativi. — 3. Intrasmissibilità automatica degli effetti dell'annullamento giurisdizionale agli atti conseguenziali. — 4. Dovere dell'Amministrazione di osservanza e adempimento (ottemperanza ed esecuzione) delle sentenze amministrative. — 5. Discrezionalità nell'adempimento delle sentenze. — 6. Riserva all'Amministrazione dell'attività di adempimento. — 7. Sostanza e limiti del dovere di adempimento. — 8. Portata soggettiva degli effetti della sentenza. — 9. Sostanza dell'esecutività della sentenza. — 10. Tassatività degli obblighi di esecuzione in senso stretto. — 11. Mera doverosità dell'esecuzione nei casi di discrezionalità amministrativa nella fase dell'adempimento. — 12. Strumenti sussidiari per conseguire l'adempimento. — 13. Necessità (*de jure condito*) dell'adempimento della sentenza non definitiva, — 14. nonché dell'ordinanza di sospensione dell'esecuzione (dell'atto amministrativo o della sentenza). — 15. Il dovere di conformarsi alle sentenze passate in giudicato e l'azione ex art. 27 n. 4 t.u.CdS. Non utilizzabilità di quest'ultima per ogni sentenza esecutiva. — 16. Natura giurisdizionale dell'attività del giudice nel processo ex art. 27 n. 4. — 17. Natura contenziosa e cognitoria del giudizio di ottemperanza. Il commissario *ad acta*. — 19. Natura paragiurisdizionale della funzione e dell'attività commissariale; soggezione dell'attività commissariale all'imminente controllo del giudice; annullamento e sospensione degli atti commissariali. — 20. L'impugnazione degli atti del commissario: i termini; il carattere aperto del giudizio; la presenza del commissario nel giudizio. Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza. — 21. Appellabilità delle sentenze dei TAR in materia di adempimento al giudicato. Unificazione in un solo processo dell'intera attività giudicante ex art. 27 n. 4. — 22. Proponibilità dell'azione ex art. 27 n. 4 nei confronti degli atti amministrativi di adempimento non puntuale. — 23. Il limite ultimo al quale è possibile estendere il giudizio ex art. 27 n. 4. — 24. Possibilità che il giudizio prenda a oggetto la scelta amministrativa tra più modi di adempimento egualmente legittimi. — 25. Messa in mora, termine per il ricorso, forma del ricorso. — 26. Improponibilità dell'azione ex art. 27 n. 4 nei casi di inosservanza del giudicato.

1. - A cominciare da quando, nel 1889, il Consiglio di Stato recuperò, e vide largamente ampliata rispetto al tempo del « contenzioso

amministrativo », la funzione « contenziosa » — cui solo molto più tardi fu riconosciuto incontestatamente il carattere giurisdizionale —, non è stata mai posta in discussione la forza esecutiva delle sue pronunce. La medesima forza è stata generalmente riconosciuta alle pronunce della GPA in sede contenziosa, durante l'arco della sua esistenza (1890-1966), e viene ora espressamente riconosciuta alle sentenze dei TAR dalla L. 1034/1971.

Nondimeno quello dell'esecuzione delle sentenze dei giudici amministrativi è sempre stato un serio problema, potendo l'esecuzione aver luogo soltanto in via amministrativa, non essendo dato al privato, nei casi di renitenza dell'Amministrazione, fino all'affermarsi nel 1928-1931 di una nota giurisprudenza pretoria, alcun rimedio, essendo limitata, secondo la Corte regolatrice, l'estensione all'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo (operata in virtù di tale giurisprudenza) del rimedio oggi contemplato dall'art. 27 n. 4 t.u. CdS alle sole decisioni passate in giudicato, avendo, il deprecabile fenomeno dell'inottemperanza dell'Amministrazione alle statuizioni dei giudici, dilagato, negli ultimi decenni, al di là dei limiti del plausibile.

Solo negli anni recentissimi la giurisprudenza ha cominciato a mostrarsi meno accomodante verso l'Amministrazione. Nuovi interventi pretori hanno individuato (più che battere ancora) strade a prima vista più efficaci in vista del conseguimento dell'ottemperanza. Anche le prospettive in tal modo dischiuse hanno contribuito però ad ampliare l'area delle incertezze, mancando, allo stato, una compiuta e sicura delineazione del nuovo corso e della portata di esso.

Se guardiamo a monte delle sentenze passate in giudicato, le incertezze sono ancora maggiori. Nessun avvocato è in grado di rispondere oggi con sicurezza al suo assistito se e in quali modi quest'ultimo potrebbe conseguire l'esecuzione di una sentenza amministrativa — pur dichiarata espressamente « esecutiva » dalla legge — la quale non sia ancora passata in giudicato.

Non è facile, e neppure possibile, pronunciare perciò parole definitive in una materia così ricca di contraddizioni. Quello che segue può essere quindi soltanto un tentativo di sintesi dello stato della materia.

2. - È ben noto che gli effetti delle sentenze amministrative variano da caso a caso.

Quelle che pronunciano un annullamento, una revoca, una modifica, eliminano dal mondo del diritto (di volta in volta *ex tunc* o *ex nunc*) l'atto amministrativo annullato o revocato o la parte di atto annullata, revocata o modificata. Quando l'atto o la parte di atto caducata abbia carattere innovativo, esse inoltre ripristinano *ex se* (di volta in volta *ex tunc* o *ex nunc*) lo stato di diritto *quo ante*. Nei rimanenti casi di sentenze caducatorie (e dunque nei casi di caducazione di determinazioni non innovative: dinieghi e simili) non può esservi alcun effetto ripristinatorio, mo solo effetti di altro tipo (frequentemente di tipo implicitamente ordinatorio).

3. - Secondo una giurisprudenza che si è venuta affermando negli ultimi tempi — radicata in ragioni di ordine pragmatico e finora sfornita, a mio avviso, di un valido supporto teorico — l'annullamento (e dunque anche l'effetto ripristinatorio *ex tunc,* che largamente gli è proprio) si trasmetterebbe automaticamente agli atti immediatamente conseguenziali (una categoria peraltro tuttora non chiaramente delimitata). Per effetto dell'intervenuto annullamento dell'atto presupposto, tali atti (anche in mancanza di impugnazione e di pronuncia di annullamento) risulterebbero colpiti non soltanto (come si verifica per la generalità degli atti conseguenziali) da un effetto « invalidante », ma addirittura da un effetto « caducante ». La sentenza travolgerebbe cioè *ipso jure,* in una con l'atto fatto oggetto d'impugnazione, e pur senza farli oggetto di apposita statuizione caducatoria, gli atti conseguenziali in questione [1].

È chiaro che, per chi non aderisca a tale orientamento, l'estensione degli effetti caducatori e ripristinatori a siffatti atti conseguenziali non potrà essere prodotta se non da ulteriori interventi dell'Amministrazione e, occorrendo, del giudice dell'ottemperanza (senza peraltro che a tal fine occorrano nuove impugnative). Quest'ultima a me pare la soluzione più corretta, non sembrandomi condivisibile l'idea che atti non nulli, e non caducati né dal Giudice né dall'Amministrazione, vengano meno *ex se.*

Gli interventi all'uopo occorrenti, cui appena ora accennavo, trovano

---

[1] CdS, a.p., 19.10.1955 n. 17; 27.10.1970 n. 4; 21.10.1980 n. 37. In dottrina, VIRGA, *Studi Giucciardi,* 687 ss.

collocazione nel quadro generale delle misure — di cui dirò appresso — di adeguamento della realtà di fatto alla situazione di diritto affermata nella pronuncia, tanto se questa abbia carattere costitutivo (come avviene nei casi di sentenze di annullamento e in molti casi di pronunce estese al merito), quanto se abbia carattere dichiarativo oppure di condanna o (implicitamente) ordinatorio (come avviene in molti casi di pronunce emesse in sede di giurisdizione esclusiva, e in alcuni casi di pronunce dichiarative — quali quelle che dichiarano l'illegittimità del silenzio-inadempimento, o parzialmente dichiarative — quali quelle che, mentre annullano un atto amministrativo, enunciano a un tempo a quali regole l'Amministrazione avrebbe dovuto invece attenersi, e dovrà attenersi nel rinnovare l'esercizio del potere).

4. - Le sentenze amministrative sono tutte immediatamente operative. Vedremo più avanti dove risiede la fonte di questa loro caratteristica.

L'immediata operatività, e cioè l'immediata efficacia (che l'art. 33 L. 1034/1971 indica col nome di « esecutività » di esse) —, la quale può essere eventualmente sospesa, allo stato della legislazione, solo in sede di giudizio di impugnazione (ma non anche in sede di giudizio per cassazione) — comporta, per l'Amministrazione, prima di tutto il dovere di prestare immediata « osservanza » ad esse, e cioè di non porre in essere atti e comportamenti in difformità dal pronunciato di esse (atti e comportamenti contro i quali gli interessati potrebbero denunciare in giudizio il vizio di violazione di legge). Il dovere anzidetto può assumere carattere di obbligo quando la pronuncia intervenga in un campo in cui gli amministrati titolati a pretendere l'osservanza vantino verso l'Amministrazione un diritto soggettivo.

L'immediata operatività delle sentenze amministrative comporta inoltre per l'Amministrazione il dovere di portarle senz'altro ad effetto (art. 88 reg. proc. CdS) [2], che è quello che la legislazione indica come dovere di « conformarsi » alla pronuncia del giudice (art. 4 L. 20.3.1865 n. 2248, all. E, e art. 27 n. 4 t.u. CdS) e la dottrina — e ormai anche la giurisprudenza — suole indicare come dovere di « ottemperanza » (in

[2] CdS, comm. spec., 26.11.1977 n. 11/77, GCdS 1979, I, 116.

altre formulazioni — presenti così nella normativa, come nella giurisprudenza e nella dottrina meno controllate — si parla però, più sommariamente, di « esecuzione »: art. 88 cit.).

Quest'ultimo dovere si manifesta in due modi distinti.

Fermo il concetto che il regime sostanziale e processuale di esso è uno solo ed è sempre lo stesso, va chiarito che il dovere in questione si manifesta in due forme, alle quali si addicono, per differenziarle, rispettivamente, proprio il nome di ottemperanza e quello di esecuzione. Perciò indicheremo le due forme di dovere, rispettivamente, come dovere di ottemperanza (in senso stretto) e dovere di esecuzione (in senso stretto), designando invece la più ampia figura che li comprende entrambi come dovere di adempimento (delle statuizioni della sentenza).

Delle due figure che formano oggetto di questo dovere, quella cui riserveremo il nome di « esecuzione » (in senso stretto) consiste nel tradurre in atto le statuizioni della sentenza (*jussum judicis*) che impartiscono comandi tassativi e puntuali (condanna al pagamento di una somma di danaro inflitta in sede di giurisdizione esclusiva; ordine di restituzione di un territorio al Comune contermine; ordine — esplicito o implicito — di provvedere entro un dato termine su un'istanza di doveroso esame), come pure le statuizioni che producono *ex se* la nascita di un obbligo pur esso tassativo e preciso (l'annullamento di una requisizione, ad es., rende *sine titulo* la detenzione del bene e fa nascere, *ope legis*, l'obbligo di restituzione o rilascio, a meno che — come suole ritenere la Corte di cassazione — il bene sia stato destinato dall'Amministrazione a un pubblico servizio).

Quella cui riserviamo il nome di « ottemperanza » (in senso stretto) consiste invece nel porre in essere tutti gli atti e comportamenti positivi, che l'Amministrazione adotta facendo uso di un potere di scelta, nel ventaglio delle varie soluzioni legittime possibili per « conformarsi » a una sentenza che non contenga ordini tassativi né importi adempimenti precisi e inderogabili (ma tuttavia comporti la necessità di adeguare uno stato di fatto non legittimo, o ritenuto inappropriato dal giudice nell'esercizio della giurisdizione di merito, a ciò che il giudice stesso abbia statuito), al fine di portare doverosamente a effetto (e dunque a coerenti conseguenze) la sentenza, in seno al sistema delle situazioni e dei rapporti giuridici nel quale essa viene a calarsi.

Poiché, come vedremo, non altrimenti da quella civile, anche l'at-

tività giurisdizionale amministrativa viene espletata esclusivamente nell'interesse delle parti in causa [3], nei casi nei quali l'Amministrazione è tenuta puramente e semplicemente ad « eseguire » — e cioè non ha possibilità di scelte — al dovere di essa (che è un vero e proprio « obbligo ») corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo della parte vittoriosa all'esecuzione. Al dovere di « ottemperanza » dell'Amministrazione non corrisponde invece un diritto dell'amministrato, accompagnandosi sempre ad esso un potere di scelta secondo valutazioni di merito.

5. - Mentre l'entità del dovere (che entro certi limiti può essere obbligo) di « osservanza » e quella dell'obbligo di « esecuzione » sono di facile comprensione, appunto per quanto si è detto non è facile definire il contenuto del dovere di « ottemperanza ». Ciò inerisce proprio al fatto che, laddove l'oggetto della pronuncia non è tale che ad essa consegua un obbligo puntuale e tassativo (e ciò è ben frequente, dato che la materia delle sentenze amministrative investe un campo in cui largo spazio è lasciato alle scelte dell'Amministrazione, ed eliminare un atto illegittimo non significa sempre bloccare le altre possibili scelte, e spesso — come nei casi di annullamento per difetto di motivazione o per eccesso di potere — neanche la scelta della soluzione in precedenza adottata illegittimamente), l'Amministrazione dispone di un più o meno ampio ventaglio di possibilità ai fini dell'adeguamento della realtà di fatto alla situazione di diritto affermata dal giudice.

Si dà anzi il caso che, anche in presenza di statuizioni della sentenza aventi il carattere di comando tassativo, comportanti perciò un obbligo di esecuzione puntualmente determinato nel contenuto, talvolta l'Amministrazione nondimeno non possa considerarsi rigidamente condizionata in ordine all'adempimento (a es., perché l'insufficienza di disponibilità finanziarie non le consente di affrontare se non con una certa gradualità, o compiendo certe operazioni di storno di fondi e/o di ridimensionamento dei programmi, le proprie obbligazioni pecuniarie, che pure è tenuta inderogabilmente ad adempiere). Sicché anche nei casi in cui è tenuta a un obbligo di pura « esecuzione », a quest'ultimo non di rado si affianca — accessivamente, strumentalmente (e riduttivamente) — un

[3] P. es., CdS, Vs., 29.2.1980 n. 249.

potere-dovere discrezionale di « ottemperanza », avente ad oggetto le modalità (procedimentali, temporali, ecc.) occorrenti per pervenire all'assolvimento di quell'obbligo.

6. - Occorre spendere qualche parola per sottolineare che nella distinzione tra « ottemperanza » ed « esecuzione » appena enunciata — necessaria al fine di differenziare i casi nei quali l'amministrato vanta, in ordine a una attività dell'Amministrazione ulteriore e conseguenziale rispetto alla sentenza, un vero e proprio diritto, da quelli nei quali egli vanta, nei medesimi sensi, solo un interesse legittimo — il concetto di « esecuzione » non coincide con quello civilprocessuale, il quale — almeno secondo il convincimento generale — riguarda i casi nei quali si tratta di portare ad effetti (quasi sempre a mezzo dell'ufficiale giudiziario) un titolo esecutivo.

L'attività « ulteriore » occorrente per portare a effetto la sentenza amministrativa è riservata — fuori dei casi in cui si tratti della pronuncia, o della parte di pronuncia relativa alla condanna al pagamento di somme di danaro (casi nei quali soltanto si applicano gli ausilii della procedura civile: art. 88 reg. proc. CdS) — alla stessa Amministrazione (e non — come generalmente accade nel giudizio civile — ad un ausiliario del giudice), salva la possibilità per l'amministrato di rivolgersi al giudice quando vi sia stata una (parziale o totale) elusione o evasione di tale dovere.

La riserva all'Amministrazione riguarda poi indifferentemente sia i casi in cui si tratta semplicemente di « ottemperare » (secondo discrezionalità) alla sentenza, sia quelli in cui si tratta di « eseguirla » (puntualmente), poiché (salvo che, come si è visto, per i casi di condanna al pagamento di somme di danaro) la legge abbraccia indistintamente entrambe le serie di casi nel concetto di « conformarsi » al pronunciato del giudice, che si rinviene nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo ed è stato tramandato — attraverso l'art. 4 della legge del 1889 istitutiva del Consiglio di Stato (ora art. 27 n. 4 del t.u. sul Consiglio stesso) e l'art. 37 della legge del 1971 istitutiva dei TAR — fino a noi; e le tratta unitariamente e indistintamente. Anche l'« esecuzione » tassativa e vincolata è dunque, nel significato qui considerato, un modo di « conformarsi » (è cioè « adempimento » nel senso dianzi chiarito); anch'essa è commessa all'Amministrazione; anche nei casi di man-

cata effettuazione di essa l'amministrato può rivolgersi (quando la sentenza sia passata in giudicato) al « giudice dell'ottemperanza ». Esiste cioè una sfera di adempimento vincolato (che è l'« esecuzione ») e una sfera di adempimento discrezionale (che è l'« ottemperanza »); ma il regime è unico.

7. - Quanto alla portata dei doveri di « osservanza » e di « adempimento », la dottrina e la giurisprudenza hanno posto in luce l'importanza che — pur quando si segua — come anch'io ritengo debba farsi — il tradizionale insegnamento in base al quale i giudizi di impugnazione hanno per oggetto l'atto amministrativo e non (come gli altri giudizi amministrativi) il rapporto privato-amministrazione — riveste, ai fini della determinazione di quei doveri, a integrazione del dispositivo, anche nei giudizi d'impugnazione, per tutte le parti in causa, la motivazione della sentenza, in connessione con i motivi del ricorso (senza potere dunque espandersi dal « dedotto » anche al « deducibile » e ad aspetti del caso non compromessi dalla pronuncia del giudice). L'Amministrazione non può, senza incorrere in eccesso di potere, non tener presenti — quanto meno come direttive del proprio operato — le ragioni poste dal giudice a base della pronuncia.

Sull'altro versante essa non può tuttavia mancare di far conto di quegli eventuali mutamenti che siano venuti a determinarsi, successivamente alla pronuncia da applicare, nelle situazioni di fatto e di diritto, tali da escludere, alla stregua dei valori canonizzati nelle leggi, la possibilità di provvedere, *sic et simpliciter,* alla stregua della situazione esistente invece al tempo di quella pronuncia, o addirittura dell'atto da questa annullato (« ora per allora »). Oggi nessuno più sostiene — come si faceva, anche molto autorevolmente, ancora vent'anni fa (4) — che l'Amministrazione potrebbe sottrarsi, per ragioni di interesse pubblico, all'adempimento del giudicato, e nessuno più contesta che l'adempimento sia per essa doveroso e indeclinabile (5). Nondimeno appare contrastante con la necessità di far conto dei valori pubblici canonizzati come predominanti nella normativa amministrativa sopravvenuta l'accordare — co-

(4) V. la posizione di GIANNINI al Convegno di Napoli del 1960.
(5) In tali sensi v. già, recisamente, CdS, a.p., 3.7.1952 n. 13, e, venti anni dopo, a.p. 9.3.1973 n. 1.

sti quel che costi — prevalenza, rispetto ad essi, a una pronuncia intervenuta anteriormente alla nuova normativa (ancorché persino notificata prima dell'entrata in vigore di questa). In simili casi la tutela degli amministrati non va assicurata con gli strumenti ripristinatori, ma andrebbe assicurata con quelli indennizzatori e risarcitori (6).

8. - Diversamente da quelli delle sentenze civili (art. 2909 c.c.), gli effetti delle sentenze amministrative si estendono (anche se è da chiedersi se ciò sia conciliabile con l'art. 24 Cost.) a tutte le parti in senso sostanziale (vale a dire a tutti i legittimi contraddittori, e cioè — oltre che al ricorrente — all'Amministrazione e ai controinteressi), persino quando — per errore di procedura — non siano state chiamate in giudizio. Ciò inerisce alla circostanza che nel giudizio amministrativo non è ammessa l'opposizione di terzo. La giurisprudenza però esalta (secondo me, a torto) il fenomeno, non esigendo la notifica per pubblici proclami nel caso di ricorso contro atti normativi e atti generali in genere.

Peraltro solo le parti presenti o chiamate nel giudizio sono titolate (vantano cioè una posizione soggettiva giuridicamente protetta) a pretendere che la sentenza sia portata ad effetto (intesa l'espressione in senso comprensivo sia dell'esecuzione, che dell'osservanza e dell'ottemperanza). Di riflesso esse possono anche rinunciare a tale pretesa: ciò in armonia con l'ormai indiscutibile assioma del carattere di giurisdizione non « di diritto oggettivo » posseduto dai tribunali amministrativi, e del carattere di « contenzioso di parti » proprio del giudizio amministrativo (7).

Con le cose appena dette non contraddice il fatto (già rilevato) che l'annullamento giurisdizionale dell'atto generale o dell'atto collettivo opera — come la giurisprudenza insegna — anche a vantaggio di chi, da esso leso, non lo abbia impugnato (non potendo un atto unitario e indivisibile vivere nei confronti di alcuni dei suoi destinatari e non di tutti). I soggetti che non lo abbiano impugnato possono eventualmente reclamare contro l'illegittimità dell'attuazione dell'atto annullato in un

(6) Sul punto v. SANDULLI, *Sopravvenienza di strumenti urbanistici e domande edilizie pretermesse*, RgE 1978, II, 190; GALLO, *Giudicato amm. e successione di leggi nel tempo*, FI 1979, III, 99 ss.

(7) V., a es., la sent. CdS, V s., 29.2.1980 n. 249, già cit.

giudizio nel quale non furono parti, ma non possono pretendere pure la esecuzione in proprio favore della sentenza conclusiva di un simile giudizio o agire per l'adempimento del giudicato.

A propria volta l'Amministrazione non è tenuta a portare ad effetto la sentenza, se non in quanto una o più delle parti processuali titolate, cui la pronuncia giovi, lo esigano: il portare la sentenza ad effetto non corrisponde (o, meglio, non corrisponde necessariamente) all'interesse amministrativo. La giurisprudenza perciò ha chiarito che, quando le parti vittoriose rinunciano agli effetti della sentenza in pendenza dell'appello proposto da controinteressati o dall'Amministrazione, il giudizio deve essere dichiarato estinto per via della cessazione dell'interesse a coltivarlo ([8]). Ciò non esclude però che l'Amministrazione provveda autonomamente *ex officio* — richiamandosi all'interesse pubblico — nei medesimi sensi della sentenza resa improduttiva di effetti.

9. - Che le sentenze amministrative siano (come si legge nell'art. 33 L. 1034/1971) esecutive significa (diversamente dal significato che la espressione ha per le sentenze civili, dove si riferisce alle sole sentenze di condanna) semplicemente che esse sono immediatamente efficaci, e cioè che — come già detto — debbono essere osservate immediatamente e possono essere portate ad effetto immediatamente (ad opera dell'autorità amministrativa: art. 88 reg. proc. CdS), e anzi, in via di principio, lo debbono (la giurisprudenza perciò esclude che l'ottemperanza alla sentenza non definitiva costituisca acquiescenza).

L'art. 33 L. 1034/1971 (il quale enuncia ora espressamente la regola dell'esecutività delle sentenze dei TAR) precisa che « il ricorso in appello al Consiglio di Stato non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata » (l'efficacia della quale infatti può essere, eventualmente, sospesa solo dal giudice dell'appello, a istanza di parte, quando « dall'esecuzione della sentenza possa derivare un danno grave ed irreparabile »).

Quanto alla efficacia immediata delle sentenze del Consiglio di Stato — riconosciuta da sempre —, essa è ricavabile, tra l'altro, anche dalla previsione del rilascio (in nessun modo condizionato) dell'« estratto della decisione in forma esecutiva, per la parte riguardante la condanna al-

([8]) Sent. ult. cit.

le spese » (art. 89 reg. proc., norma ora estensibile anche alle sentenze di condanna di cui all'art. 26, 3. co., L. 1034), oltrecché dalla prescrizione dell'immediata trasmissione della sentenza « alle autorità cui riguardano, per mezzo del Ministero dal quale queste dipendono » (art. 87 reg. cit.), il quale peraltro non viene indicato in quanto ausiliario del giudice, bensì in quanto all'epoca era organo di vertice dell'Amministrazione, responsabile della vigilanza e degli indirizzi.

10. - L'esecuzione della sentenza — tutto ciò che è pura « esecuzione » (e non « ottemperanza ») — rappresenta — come si è già visto — un vero e proprio obbligo giuridico immediato verso la parte vittoriosa, la quale vanta perciò verso l'Amministrazione un vero e proprio diritto, che, quando sia intervenuta la condanna al pagamento di una somma di danaro, può esser fatto valere anche per le vie esecutive della procedura civile.

Sia questo o no il caso, quando la parte vittoriosa faccia richiesta dell'esecuzione l'Amministrazione (anche prima del passaggio della sentenza in cosa giudicata) non può comunque sottrarsi ad essa senza risponderne patrimonialmente, e il funzionario senza risponderne sul piano penale (art. 328 c.p., ed, all'occasione, art. 323) ed eventualmente su quello disciplinare, oltreché, anch'egli, sul piano patrimoniale. Quando l'esecuzione della sentenza non sia stata sospesa dal giudice dell'impugnazione, incorrono in simili responsabilità l'Amministrazione e il funzionario, a es., se, esistendo la disponibilità di cassa, non dispongano i pagamenti che l'Amministrazione sia stata condannata ad effettuare per spese processuali, o ad altro titolo, ai sensi dell'art. 26, penult. co., L. 1034; come pure se, annullata un'ordinanza di demolizione, pretendano nondimeno di portarla ad esecuzione; e, ancora, se, ordinata (in sede di giurisdizione di merito) a un'autorità amministrativa la desistenza dalla occupazione di un fondo e il rilascio di esso, l'ordine non venga eseguito.

11. - Le cose stanno altrimenti allorquando tra la sentenza e l'esecuzione si frappongono momenti che comportino opzioni discrezionali (p. es., necessità di graduare nel tempo, in coerenza col graduale afflusso dei fondi alle casse dell'Amministrazione, i pagamenti che questa sia stata condannata ad effettuare; necessità di determinare le modalità per procedere all'esecuzione dei lavori per l'abbattimento di un manufatto

che il giudice di merito abbia ordinato all'Amministrazione di demolire). Quando infatti si frappongano momenti implicanti una discrezionalità, la necessaria scelta delle modalità comporta un affievolimento della tassatività dell'obbligo di esecuzione, facendo degradare questo a dovere di ottemperanza. Data la discrezionalità che le è connaturale, l'ottemperanza esige necessariamente meditazione ed elaborazione, e dunque tempi meno ravvicinati.

Ciò vale a maggior ragione per quei casi, nei quali — data la mancanza di un vero e proprio diritto della parte vittoriosa a certi contenuti adempitivi — manchi del tutto un obbligo di « esecuzione », e vi sia soltanto un dovere di ottemperanza.

12. - Altissima e prevalente è la frequenza con cui l'Amministrazione evita (vorrei dire riesce ad evitare) di portare ad effetto le sentenze fino al formarsi della cosa giudicata ed oltre (persino laddove si tratti di sentenze comportanti un obbligo di « esecuzione » tassativo e inderogabile), anche quando non sia intervenuta nei confronti di esse un'ordinanza di sospensione e il giudizio vada per le lunghe. Questa è la realtà effettuale.

Le norme che conferiscono « esecutività » alle sentenze non definitive, e ancor più a quelle di primo grado, possono anche non meritare pieno apprezzamento, poiché espongono frustraneamente l'azione amministrativa al rischio di una vicenda incoerente. Esse però esistono, ed andrebbero rispettate. E il loro mancato rispetto non può non comportare le responsabilità cui ho accennato, sia che si tratti di sentenze da « eseguire », sia che si tratti di sentenze suscettibili solo di « ottemperanza ». Non v'è dubbio, tuttavia, che in questo secondo caso la difficoltà di addentrarsi nei meandri della discrezionalità rende generalmente meno praticabile, per non dire impossibile, agli interessati la dimostrazione dei probabili intenti elusivi.

Va ad ogni modo soggiunto che l'eventuale caducazione dei capi della sentenza esecutiva che non siano stati portati ad effetto, se vale a riassorbire *ex post* la responsabilità patrimoniale così dell'Amministrazione come del funzionario, non vale tuttavia a sottrarre quest'ultimo alle responsabilità penali e disciplinari eventualmente connesse alla sua condotta elusiva. Va pure notato che un'immediata richiesta formale di adempimento all'Amministrazione soccombente in primo grado può es-

sere utile per ottenere *ex tunc,* nei casi in cui compete, il risarcimento del danno, quando poi il giudizio si sia concluso definitivamente nel medesimo senso.

A parte i mezzi per far valere le responsabilità dell'Amministrazione e degli amministratori, l'amministrato dispone inoltre — come è noto — della possibilità di promuovere, all'occorrenza, nei confronti della autorità inadempiente, i poteri di intervento sostitutivo dell'autorità gerarchica (p. es., art. 7, lett. *p,* D. lg. 30.6.1973 n. 748) o di quella di vigilanza (art. 7, lett. *p,* cit., nonché art. 104 t.u.c. e p. e art. 59 L. 62/1953). Ma si tratta di un potere il quale suole essere raramente esercitato: sicché l'arma è pressocché spuntata.

13. - Come si è visto, la sostanza della « esecutività » della sentenza amministrativa — e dunque il significato dell'« esecutività », come attributo assegnato ad essa dalla legge — è costituita dall'operatività immediata, e cioè dalla capacità di produrre immediatamente gli effetti giuridici propri della pronuncia (di volta in volta costitutivi, dichiarativi, ordinatori) e di aprire così la possibilità di portare la sentenza (come si esprime l'art. 33 L. 1034 — e già l'art. 39 t.u. CdS — nell'occuparsi della sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato) ad « esecuzione », e dunque la possibilità che le statuizioni di essa siano tradotte nei « conseguenziali » atti e comportamenti attuativi: di portarla cioè a quella stessa « esecuzione » il cui corso solo il giudice della impugnazione può, ai sensi del cit. art. 33 (e già del cit. art. 39), sospendere.

La forza immediatamente operativa della sentenza esecutiva non può esser fatta coincidere però con quella propria di una ordinanza processuale di sospensione del provvedimento impugnato (9): non fosse altro che per il fatto che esistono anche sentenze (ma — almeno allo stato, e salvo qualche piccolo varco — non anche ordinanze di sospensione) dichiarative e ordinatorie. Inoltre la forza immediata della pronuncia è la medesima tanto per la sentenza di primo grado, quanto per quella di ultimo grado e per quella passata in giudicato (a parte la maggiore autorità inerente a quest'ultimo stato, derivante dall'inoppugnabilità e dalla

(9) V. invece CAPACCIOLI, in AA.VV., *Probl. attuali della giustizia amm.*, Milano, 1976, 45 s.

messa a disposizione dell'azione di cui all'art. 27 n. 4 t.u. CdS e agli artt. 7 e 37 L. 1034/1971).

Non può perciò accettarsi la tesi della mera facoltatività della « esecuzione » delle sentenze non passate in giudicato ([10]). Né, allo stato della legislazione, è possibile sostenere che, fin quando non siano trascorsi i termini del gravame ([11]) — e, dunque, ancor più, nell'ipotesi che sia stato presentato il gravame, e, maggiormente ancora, nell'ipotesi che sia stata presentata istanza di sospensione della sentenza —, l'efficacia della sentenza sarebbe *ipso iure* sospesa ([12]). Non sul piano giuridico, dunque, ma solo sul piano effettuale, può dirsi che l'esecutività della sentenza non passata in giudicato è, allo stato, di minor peso.

De jure condendo si può invece suggerire che l'esecutività della sentenza di primo grado non sia fatta operare fin quando non sia trascorso il termine per la proponibilità dell'appello, o quando questo sia stato proposto, accompagnato da domanda di sospensione dell'esecuzione. Quanto alle sentenze del Consiglio di Stato, se ne potrebbe prevedere la non operatività fino a sessanta giorni dopo la pubblicazione, e la possibilità della sospensione dell'esecuzione ad opera del Consiglio stesso in caso di presentazione di un ricorso per cassazione e dell'istanza di sospensione entro tale termine, rimanendo inoltre l'esecutività sospesa nell'intervallo tra la presentazione dell'istanza di sospensione e la pronuncia su di essa, da emettere senza dilazione.

14. - Il discorso non è, sostanzialmente, diverso quando la pronuncia da portare ad effetto sia un'ordinanza di « sospensione dell'esecuzione » del provvedimento amministrativo impugnato. Data la funzione che le è propria, l'ordinanza di sospensione deve essere immediatamente produttiva degli effetti suoi propri, e li esplica — salvo che venga revocata, o caducata in sede di appello — fin quando la sentenza conclusiva della fase del giudizio in cui essa viene pronunciata non faccia venir meno (se di verso opposto) o assorba (se del medesimo verso) gli effetti stessi.

([10]) Cass. 18.9.1970 n. 1563; v. anche CdS, a.p., 23.3.1979 n. 12.
([11]) CAIANIELLO, *Lineamenti del proc. amm.*, 2ª ed., 498.
([12]) Nel senso del dovere dell'Amministrazione di dare esecuzione alla sentenza anche in pendenza dell'appello, CdS, comm. spec., 26.11.1977 n. 11.

Secondo la Corte di Cassazione [13] l'ordinanza non produce la cessazione degli effetti *giuridici* diretti dell'atto amminsitrativo — cioè non rende inefficace quest'ultimo (dunque non fa venir meno, p. es., il trasferimento di proprietà operato dal decreto di espropriazione sospeso, e neanche il licenziamento operato dal provvedimento sospeso e la decorrenza di esso). Neppure esso produce la necessità di eliminare — ripristinando lo *status quo ante* — gli effetti reali già conseguiti all'atto (p. es., la necessità di ricostruire le opere di cui sia stata disposta la demolizione), senza che peraltro l'affermazione appena fatta possa essere spinta a escludere che la sospensione comporti la necessità di rimuovere ogni stato di fatto già realizzato, avente carattere duraturo, la rimozione del quale non comporti prestazioni di fare di ordine materiale (si pensi a una pura e semplice occupazione di beni, o ad una estromissione dal servizio).

Fermi restando gli effetti irremovibili di cui si è detto, inoltre l'atto sospeso né può essere assunto a legittimo presupposto di altri atti che non potrebbero esser posti in essere sul presupposto di un atto del suo contenuto, né può avere ulteriore traduzione in effetti reali (attraverso lavori di costruzione, demolizione, ecc.; attraverso la continuazione della detenzione del bene occupato; attraverso il mantenimento dell'allontanamento dal servizio dell'impiegato sospeso disciplinarmente o cautelarmente). A partire dal momento dell'ordinanza giurisdizionale — o meglio della notificazione di essa all'Amministrazione — l'atto rimane privo della capacità di estrinsecare ulteriore forza « reale »: pur rimanendo cioè efficace, esso viene temporaneamente disattivato (entrando — come usa dire — in una condizione di « quiescenza »).

Accade purtroppo non di rado che l'ordinanza di sospensione non venga « eseguita » (tradotta in effetti) dall'Amministrazione. E la giurisprudenza e la dottrina si sono adoperate a cercare espedienti per far fronte a tale forma di malgoverno (capace di rendere frustraneo lo strumento cautelare, già così poco appagante): si è fatto a tal fine ricorso ora al rimedio dell'art. 27 n. 4 t.u. Cons. St., ora a quello dell'art. 700 c.p.c., entrambi fin troppo manifestamente inutilizzabili alla bisogna (il primo perché accordato dalla legge — come vedremo — solo quan-

---

[13] Sentt. 20.3.1943 n. 649 e 26.2.1979 n. 1259.

do esista un giudicato, il secondo perché non compatibile — come la Corte di cassazione ha ripetutamente affermato ([14]) — con l'art. 4 L. sull'abolizione del contenzioso amministrativo). L'illiceità del modo di comportarsi dell'Amministrazione non autorizza l'interprete a forzare i testi legislativi (anche se ciò talvolta accade, e spesso a fin di bene) e ad inventare rimedi che l'ordinamento non contempla. La legalità nella giustizia e la certezza del diritto sono valori preziosi e preminenti.

La via da battere è piuttosto — fin quando la riforma del processo non renda meno avventurose e più conducenti le strade della giustizia amministrativa — quella (che, in mancanza di un Ombundsman, solo il coraggio delle parti può rendere più concreta) — di chiamare davanti al giudice civile le Amministrazioni e gli amministratori responsabili e di denunciare, a chi può promuovere l'azione penale e quella contabile, i misfatti degli amministratori.

15. - Mentre in difesa della pretesa all'adempimento delle sentenze amministrative semplicemente esecutive gli interessati non possono utilizzare (salvo quanto si è detto a proposito delle sentenze di condanna al pagamento di pecunia) altro mezzo, fuorché l'azione di responsabilità civile e la denuncia al magistrato penale o a quello contabile, per la pretesa all'adempimento delle sentenze stesse passate in giudicato essi dispongono altresì dell'azione ex art. 27 n. 4 t.u. CdS (da integrare ora con gli artt. 7 e 37 L. 1034/1971).

Quell'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (ricollegabile ai precedenti riflettenti le pronunce di tale consesso impugnate per cassazione), secondo il quale ([15]) il rimedio sarebbe utilizzabile anche nei casi di sentenze semplicemente esecutive (orientamento avente forse una qualche ragion d'essere a proposito delle pronunce del Consiglio di Stato, data la maggiore autorità delle pronunce e inoltre il ristretto ambito della loro impugnabilità e la rarità dei ricorsi alla Corte regolatrice avverso di esse), si è esaurito, adeguandosi la giustizia amministrativa all'insegnamento della Corte ([16]), appena si è trattato di applicarlo alle sentenze dei TAR ([17]).

([14]) Per indicazioni v. il mio *Manuale*, 13ª ed., 1982, 1152, nt. 241.
([15]) CdS, a.p., 21.3.1969 n. 10.
([16]) Sentt. 18.9.1970 n. 1563; 5.11.1973 n. 2863; 7.11.1973 n. 2897.
([17]) CdS, a.p., 23.3.1979 n. 12 e 1.4.1980 n. 10.

A togliergli credito cospira in primo luogo la ragione (valorizzata nelle sentenze appena ricordate dell'Adunanza plenaria) che nell'art. 37 L. 1034/1971 si ha riguardo soltanto ai « giudicati », e che in esso a tale parola non può essere attribuito, in riferimento alle sentenze amministrative, un significato diverso da quello che gli si ritiene attribuito nel medesimo articolo in riferimento alle sentenze civili. Per le sentenze civili infatti — sebbene nella legislazione del 1865 (e, di conseguenza, in quella del 1889) avesse, originariamente, un significato coincidente con quello di « sentenza » ([18]) — la parola « giudicato » viene incontestatamente intesa, nell'ambito della giustizia amministrativa, da epoca non più recente, nel significato di pronuncia passata in cosa giudicata ([19]).

Ad escludere che, nei testi legislativi in discussione, il concetto di « giudicato » si possa identificare, *sic et simpliciter,* con quello di pronuncia del giudice, concorre però decisamente anche — e ancor più a proposito delle sentenze amministrative — l'argomento razionale della grave instabilità alla quale sarebbe esposta l'azione amministrativa (e la cosa potrebbe assumere aspetti sconvolgenti laddove i provvedimenti tocchino copiose serie di persone o interessi pubblici e privati di grande rilievo) dalla necessità di avvicendare procedimenti e contenuti in corrispondenza delle varie vicende del giudizio. Una considerazione che non si può non supporre presente al legislatore del 1971 — ancorché spesso (e non sempre senza ragione) accusato di carenze tecniche — quando, una volta di più, in un'epoca di linguaggio più controllato, parlò, a proposito del rimedio contemplato nell'art. 37 della L. 1034 (e solo a pro-

([18]) Si veda, p. es., la dec. CdS, IV s., 26.4.1895, FI 1895, III, 122; in dottrina, MORTARA, *Commentario,* 2ª ed., 141 ss.; CAMMEO, *Commentario,* 846 ss.; pure la relazione senatoria sulla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, riferita da MORTARA, *op. cit.,* 143, nota 2, parla di giudicato anche a proposito di pronunce non « irretrattabili ».

([19]) Si possono vedere le motivate sentenze CdS, IV s., 11.6.1954 n. 396 e 25.2.1955 n. 140, VI s., 25.10.1955 n. 700 (ma è utile ricordare anche le sentenze IV s., 30.12.1949 n. 449, V s., 1.7.1950 n. 813 e 3.11.1950 n. 1108, VI s., 21.11.1950 n. 473, le quali negarono l'utilizzabilità del rimedio in riferimento alle ordinanze di sospensione dell'atto amministrativo impugnato, perché considerate non « definitive »). Le uniche due sentenze in senso contrario, che ho potuto rinvenire (V s., 29.4.1910, GI 1910, III, 335, e 31.1.1947, *ivi,* 1947, III, 166), non sono motivate sul punto (e la prima è annotata criticamente dalla rivista). L'esame della giurisprudenza dimostra anzi che, pure in precedenza, l'azione ex art. 27 n. 4 è stata generalmente promossa solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza da adempiere (v., p. es., IV s., 15.1.1904, FI 1904, III, 17; V s., 3.6.1910, GI 1910, III, 337; V s., 11.6.1920, GI 1921, III, 1). V. anche V s., 30.1.1925, FA 1925, I, 2., 19.

posito di esso e non anche in altri passi della legge), di giudicato e non di sentenza.

Il sistema che, nell'accordare, a cuor leggero, e discostandosi dalla legge civile, esecutività a tutte le sentenze amministrative, di qualunque grado, non munisce poi tale esecutività di adeguati ausilii, può esser considerato, nel suo insieme, insoddisfacente (e lo è sia in una direzione, che in quella opposta, come risulta dalle cose già dette), ed anche incoerente. Non può tuttavia affermarsi che la riserva dell'azione ex art. 27 n. 4 t.u. CdS alle sole sentenze del Consiglio di Stato e dei TAR che siano passate in giudicato non abbia una sua giustificazione.

A chiusura degli svolgimenti che precedono dirò che mi pare però difficile aderire senza perplessità alla tesi della Corte di cassazione ([20]), secondo la quale incorrerebbe in difetto di giurisdizione — perché riduttiva della sfera d'azione dell'Amministrazione — quella sentenza amministrativa che provvedesse ex art. 27 n. 4 t.u. CdS in riferimento al mancato adempimento delle statuizioni di una sentenza esecutiva, ma non passata in giudicato ([21]).

16. - Estesa solo a partire dal 1928, in virtù (come è stato detto) di « bruta normazione giurisprudenziale » ([22]), alla esecuzione dei giudicati amministrativi ([23]), e consacrata legislativamente in tale sua più ampia portata per la prima volta in occasione della legge del 1971 istitutiva dei TAR (art. 37 L. 1034), l'azione prevista dall'art. 27 n. 4 t.u. CdS (cui fa rinvio l'art. 7 L. 1034, mentre l'art. 37 si occupa poi della ripartizione tra TAR e Consiglio di Stato delle competenze in materia) — sulle regole della quale azione il legislatore è finora rimasto straordinariamente silente, e anzi pressocché muto — è un istituto in ordine al quale può dirsi che non esiste quasi alcuna certezza, a cominciare dalla natura stessa dell'azione e a finire all'essenza e al contenuto della pronuncia e alle regole del processo.

([20]) Sentt. 18.11.1970 n. 1563 e 7.11.1973 n. 2897 citt.

([21]) Cfr., CERINO-CANOVA, GI, 1971, I, 1ª, 884.

([22]) NIGRO, *Il giudicato amm. e il processo di ottemperanza*, RtDPC 1981, n. 1.

([23]) Sentt., CdS, IV sez., 9.3.1928 nn. 181 e 182, entrambe in materia di giurisdizione esclusiva. Solo con la sent. 8.7.1953 n. 2157 la Corte di cassazione legittimò tale orientamento. La prima sentenza del Consiglio di Stato che abbia affermato la regola nei giudizi in materia di interessi legittimi è quella della V sez. 13.3.1931 n. 176.

Non è senza significato che l'azione in esame figuri ricompresa — così nel t.u. del Consiglio di Stato, come nella L. 1034 (l'art. 7 della quale richiama puramente e semplicemente, in tutta la sua intierezza e il suo variegato contenuto, l'art. 27 di quel testo unico, in cui l'azione di ottemperanza figura al n. 4) — tra le azioni relative alla « giurisdizione di merito ».

A seguito di una sentenza pronunciata nei propri confronti, alla quale essa debba adempiere, l'autorità amministrativa, come si è visto, conserva generalmente (e ciò vale ancor più quando la sentenza sia del giudice amministrativo) ([24]) uno spazio discrezionale, destinato a esser colmato dalle sue scelte e quindi dai suoi atti. L'azione in questione è stata data appunto allo scopo di sottoporre al vaglio del giudice il modo in cui l'Amministrazione si muove in tale spazio, e affinché il giudice possa eventualmente intervenire nell'ambito di esso, in funzione correttiva, direttiva, o, all'occorrenza (direttamente o per interposizione) sostitutiva, nei casi di distorsioni od omissioni, in cui l'Amministrazione sia incorsa nell'esercizio del potere di utilizzarlo.

Il tipo di attività che il giudice è chiamato a svolgere all'interno di tale spazio ha pur sempre carattere giurisdizionale ([25]), mantenendo nell'esercizio di essa il giudice — estraneo agli interessi affidati alle cure dell'Amministrazione — la posizione *super partes* che istituzionalmente è propria della sua funzione, e intervenendo egli necessariamente a istanza di parte, in conformità di una regola che nell'ambito della funzione stessa è da considerare pressocché universale (tra le poche eccezioni primeggia la giurisdizione penale del pretore). È fin troppo noto, d'altro canto, perché occorra insistervi, che il tipo dei provvedimenti adottabili (mi riferisco in particolare ai provvedimenti che, nei casi in cui il giudice — o il suo delegato — opera in veste sostitutiva, assumono, nell'area in esame, un contenuto corrispondente agli atti che avrebbe dovuto

([24]) Quanto detto nel testo si rapporta al carattere schematico proprio delle pronunce del giudice amministrativo e al necessario agganciamento delle esplicite e implicite statuizioni di esse ai motivi prospettati nel ricorso e presi in esame, in riferimento al modo in cui il potere fu esercitato e a quello in cui avrebbe dovuto — e dovrà — essere esercitato. Di qui le diffuse spiegabili critiche all'abuso — il quale può risultare pregiudizievole non al solo ricorrente, ma, all'occorrenza, anche alle altre parti — delle dichiarazioni di assorbimento di motivi.

([25]) V., da ultimo, CdS, a.p., 29.1.1980 n. 2; NIGRO, *Il giudicato amm.*, cit., n. 7.

adottare l'autorità amministrativa, dovendo prendere, appunto, il posto di questi, indebitamente omessi) non può esser considerato rilevante (e ancor meno decisivo) ai fini della classificazione dell'attività dei pubblici poteri. Onde l'osservazione (che — riecheggiando posizioni dottrinali, pur autorevoli, di un passato già remoto ([26]) — ritorna talvolta anche nelle sentenze più apprezzabili), secondo la quale le statuizioni emesse in questa materia dal giudice avrebbero in realtà un contenuto amministrativo piuttosto che giurisdizionale ([27]), lascia il tempo che trova.

17. - La qualificazione del giudizio in esame come processo di volontaria giurisdizione, abbracciata in passato dalla giurisprudenza ([28]), è stata abbandonata. Essa si basasa sul presupposto (vistosamente inesatto) del difetto nel giudizio stesso di posizioni conflittuali, ed era ispirato dalla intenzione di argomentare (senza che del resto l'argomento potesse considerarsi sufficiente e decisivo) la trattazione in camera di consiglio (ora legittimata dall'art. 27 L. 1034/1971) e l'(ingiustificabile) esclusione del contraddittorio (dura a morire, ma entrata ai nostri giorni manifestamente in crisi).

Perdura invece la disputa circa il carattere di processo di cognizione o di esecuzione che il giudizio rivestirebbe. La tendenza ad abbracciare la seconda alternativa ha avuto un rilancio (di larga eco) negli ultimi tempi ([29]), muovendo dal concetto, non nuovo ([30]) e neppure inattendibile, che la categoria dei processi di esecuzione non si esaurisce nelle figure dell'esecuzione forzata presenti nel codice di procedura civile (le quali, del resto, sono notevolmente differenti tra loro, e si discute se proprio tutte diano luogo ad autentici processi di esecuzione), ma anche dalla (non condivisibile) asserzione che « gli atti che il giudice dell'ottemperanza deve emanare sono essenzialmente vincolati — e solo marginal-

([26]) Sulle quali v. NIGRO, *Sulla nat. giur. del processo di cui all'art. 27 n. 4 della l. sul Cons. di Stato, Rass. d. pubbl.*, 1954, 261 ss.
([27]) P. es., CdS, a.p., 14.7.1978 n. 23 e 29.1.1980 n. 2.
([28]) Sulla quale v. ancora NIGRO, *op. ult. cit.*, 265 ss.
([29]) VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amm.*, RDProc. 1980, 642 ss.
([30]) GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, RtDPC 1960, 461; MIELE, *Note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amm.*, in *Problemi del processo amm.*, Atti IX Conv. di Varenna, Milano 1964, 517 ss.; nonché NIGRO, cit. più avanti.

mente discrezionali — così che si può affermare la loro natura di atti esecutivi » ([31]), dovendo la sentenza amministrativa da applicare esser considerata come « l'equivalente » del titolo esecutivo, presupposto per l'esecuzione forzata dal codice di procedura civile ([32]).

Non può negarsi che non poche volte (e ormai sempre più largamente, in un contesto civile e sociale che ha visto la presa di coscienza, da parte degli operatori del diritto — di qua e di là del banco della difesa — e dei giuristi in generale, della volontà costituzionale che il diritto si traduca in risultati e non si esaurisca in esangui moniti) il giudizio dell'ottemperanza si conclude con atti del giudice (o del suo delegato) i quali hanno sostanza « operativa », incidendo « creativamente » (e cioè non mediante un provvedimento meramente caducatorio) nel mondo del reale, senza restarne a monte, e dunque senza che residui (nell'ambito entro cui la sentenza da adempiere agisce) un ulteriore spazio operativo dischiuso alla sola buona volontà dell'Amministrazione (che è il soggetto cui, in via primaria, l'art. 45 t.u. CdS e l'art. 88 reg. proc. commettono l'esecuzione delle sentenze amministrative) o ad adempimenti ulteriori non del giudice, ma facenti capo all'autorità dello stesso. Ciò suole verificarsi in quei casi in cui la renitenza dell'Amministrazione si manifesta — o il giudice ha ragione di ritenere che si manifesterà — proprio (o anche) nella fase « operativa » anzidetta, e, dunque, o quando l'attività da svolgere sia assolutamente vincolata, o quando la fase delle « scelte » (eventualmente necessarie e possibili) conseguenti alla sentenza da applicare si sia esaurita (non importa se ad opera della stessa Amministrazione o del giudice dell'ottemperanza e degli eventuali sostituti di questo). A proposito di questa attività del giudice (o del suo sostituto) — che essa medesima non è attività « materiale » (dovendo quest'ultima, di necessità, essere espletata — laddove ne abbisognasse una, come potrebbe verificarsi, a es., quando occorresse disporre un ripristino di luoghi — per ordine del giudice o del suo delegato da agenti dell'Amministrazione o da soggetti privati incaricati di far luogo a una « esecuzione d'ufficio » per conto dell'Amministrazione ([33])), ma è pur sempre atti-

([31]) *Ivi*, nota 1.
([32]) *Ivi*, 651.
([33]) V. CdS, V s., 11.6.1920, GI 1921, III, 1.

vità « giuridica », consistendo nell'emanazione di atti (nomine, promozioni, riassunzioni in servizio, mandati di pagamento, rilascio di concessioni o autorizzazioni, ecc.) — si può anche parlare, volendo, di attività « di esecuzione » (sebbene, come dirò tra breve, a ciò non si rapportino conseguenze di rilievo). Non anche però a proposito delle attività che stanno a monte, poiché, laddove il giudice (o il suo sostituto) esercita un potere di scelta in ordine al contenuto e all'oggetto dei propri interventi e delle proprie statuizioni (né si limita a prescrivere — per usare la formula dell'art. 612 c.p.c. — « le modalità dell'esecuzione » di una attività già imposta dalla sentenza da eseguire), ivi esso « dispone », e non « esegue » né « sovrintende » (come il pretore) alla mera attività di esecuzione di statuizioni che già siano state adottate da altri.

Si accetti o no come limite del concetto del processo di esecuzione la tipologia del codice civile e di quello di procedura civile, a mio avviso non può parlarsi perciò né di esecuzione, né di processo di esecuzione, a proposito di tutta l'attività (intimatoria o determinativa) che sta a monte della conclusiva attività « operativa » cui dianzi mi riferivo. Fin quando interpreta il giudicato, compie le necessarie valutazioni al fine di stabilire quali potrebbero essere (per usare l'espressione dell'art. 45 t.u. CdS) gli « ulteriori provvedimenti » da adottare (nella situazione di fatto e di diritto attuale e in riferimento alla fattispecie in ordine alla quale è intervenuta la pronuncia da applicare) per « conformarsi » ad esso, compie la scelta tra le possibili soluzioni, o, eventualmente — a monte di tutte o di alcune di tali sottofasi —, ordina (come ora più raramente suole accadere) alla stessa Amministrazione di ottemperare, o procede alla nomina di un commissario perché, in vece di esso giudice, costui adotti i provvedimenti (di volta in volta indicati o no dallo stesso giudice) occorrenti affinché la sentenza da applicare abbia attuazione, il giudice dell'ottemperanza esercita sicuramente un'attività cognitoria. Ché è cognitoria l'attività la quale sfocia in una sentenza, che, come quelle che qui vengono in questione, assumono (per utilizzare la concettuologia di RASELLI ([34])) contenuto « determinativo » ([35]), essendo dalla legge rimes-

([34]) *Studi Carnelutti*, II, 567.

([35]) In tali sensi anche NIGRO, *Sulla natura giuridica*, cit., 284; ma v. ora *Il giudicato amm.*, cit., n. 9.

sa alla valutazione e alla scelta (spesso di ampio respiro) del giudice di stabilire, autonomamente, il contenuto delle statuizioni « di merito » da adottare attraverso di esse.

Giustamente perciò, a mio avviso, la giurisprudenza insiste sul carattere cognitorio del giudizio di ottemperanza, richiamando l'attenzione sul fatto che esso è stato inquadrato dal legislatore nei casi di giurisdizione amministrativa di merito (i quali si concretano incontestabilmente in giudizi di cognizione), e che dai lavori preparatori della legge del 1889 che istituì il giudizio di ottemperanza nessun elemento è dato trarre, il quale possa indicare l'intento di differenziare quest'ultimo dai rimanenti casi nei quali il giudice amministrativo « decide pronunciando anche in merito » ([35a]).

Non era possibile, nella presente sede, sottrarsi a una presa di posizione sul punto appena esaminato. Non si può nondimeno mancare di aggiungere che la riferita disputa relativa al carattere « di esecuzione » del giudizio di ottemperanza si rivela, in ultima analisi, di ben poca importanza. Chi più validamente ha cercato di isolare gli aspetti « di esecuzione » del giudizio stesso ha potuto osservare che, tutto sommato, la differenziazione di tale loro natura dalla natura cognitoria dell'attività processuale che resta a monte di essi non potrebbe avere altra utilità oltre quella di contribuire a evidenziare la necessità (che pienamente condivido) del contraddittorio nel giudizio di ottemperanza e l'appellabilità delle sentenze in cui esso sfocia ([36]). È da escludere però che la dimostrazione del carattere non « di esecuzione » di alcune fasi del giudizio sia decisivo così ai fini della dimostrazione della necessità del contraddittorio — essendo questo prescritto anche nel processo di esecuzione (art. 485 c.p.c.) —, come ai fini dell'appellabilità, essendo l'appello indiscutibilmente ammesso anche contro sentenze che debbono esser considerate (quanto meno *lato sensu*) « di esecuzione » (come la legge le designa), quali quelle previste dall'art. 2932 c.c. Comunque — e ciò è risolutivo — il giudizio di cui all'art. 27 n. 4 t.u. CdS si presenta, in realtà, necessariamente e sempre con i medesimi connotati (essendo configurato in modo unitario dall'ordinamento), anche in quei casi

([35a]) CdS, a.p., 29.1.1980 n. 2.
([36]) Nigro, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., n. 8.

(ben possibili, come si è già visto), nei quali l'aspetto dell'« esecuzione » del giudicato sia, più che preponderante su quello dell'« ottemperanza », addirittura esclusivo. Né la legge ne differenzia mai il regime rispetto agli altri giudizi contemplati nell'art. 27.

Puramente descrittiva mi pare poi la definizione — piuttosto frequente — della funzione del giudizio ex art. 27 n. 4 in termini di « prosecuzione » di quello concluso con la sentenza da portare ad attuazione (tanto più che il primo non può esser considerato come una ulteriore fase del secondo, pur presupponendo necessariamente quest'ultimo e ricollegandosi ad esso).

Rimangono a propria volta nell'indefinito quelle formulazioni che connotano come *sui generis* il giudizio stesso.

18. - La funzione del giudizio in esame va individuata dunque nella determinazione, a richiesta degli amministrati titolari dell'azione ex art. 27 n. 4 (e dunque nei casi nei quali l'Amministrazione sia rimasta inadempiente), di chi dovrà provvedere per l'adempimento dell'intervenuto giudicato, e/o dell'*iter* provvedimentale occorrente, e/o delle modalità dello svolgimento di tale *iter*, e/o degli stessi provvedimenti da adottare conclusivamente, e addirittura nell'adozione di essi.

La legge non fornisce indicazioni precise; anzi non ne fornisce alcuna. È stata la prassi giurisprudenziale — ancora una volta la « bruta normazione giurisprudenziale » — a operare le scelte. Essa si è orientata in modo vario.

Si va dai non molti casi nei quali il giudice dell'ottemperanza si è sostituito esso stesso all'Amministrazione inadempiente (cosa avvenuta, a quanto risulta, generalmente in ipotesi di omissione di attività vincolate) provvedendo senz'altro in luogo dell'Amministrazione, a quelli nei quali il giudice (specialmente all'inizio del nuovo corso che ha dischiuso l'azione dell'art. 27 n. 4 alla parte vittoriosa di un giudizio amministrativo) si è limitato ad assegnare perentoriamente un termine all'Amministrazione per conformarsi al giudicato, senza peraltro specificare in alcun modo il contenuto degli atti da adottare. Ma la strada ormai più comunemente seguita è quella di assegnare all'Amministrazione un termine per provvedere essa stessa, stabilendo contemporaneamente che, trascorso inutilmente tale termine, si sostituirà ad essa un commissario *ad acta* nominato dallo stesso giudice, oppure da questo designato in

persona del titolare di un organo amministrativo qualificato (p. es., in casi di omessa pronuncia su una istanza di licenza edilizia, è stato talvolta incaricato il provveditore alle opere pubbliche) ([37]) oppure (più spesso) un commissario la cui designazione viene dal giudice commessa a un organo amministrativo qualificato (per lo più appartenente, nei casi di inottemperanza di enti diversi dallo Stato, all'Amministrazione di vigilanza).

La dottrina più recente ha individuato nel commissario un delegato del giudice ([38]); la tesi è stata recepita dalla Corte costituzionale ([39]) e successivamente accolta dalla giurisprudenza amministrativa ([40]). Essa può considerarsi ormai generalmente condivisa.

Questa soluzione, alla quale si è pervenuti per gradi, riveste sostanzialmente carattere compromissorio tra il lasciare l'adempimento in piena balìa della medesima Amministrazione inadempiente o maladempiente — come si è stati soliti fare per lungo tempo, per un mal riposto rispetto verso il potere amministrativo — e la completa avocazione della materia al giudice (come è stato fatto piuttosto raramente nei casi di cui si è detto).

Deferendo (solitamente, ma non necessariamente) a un funzionario dell'Amministrazione un incarico giudiziale, da espletare — come si dice efficacemente nella sent. CdS, a.p., 23/1978 — sotto « l'immanente controllo del giudice », si è puntato alla utilizzazione dell'esperienza amministrativa (che in materia riveste molta importanza), sussumendola nell'ambito della giurisdizione.

Si tratta di una soluzione di tipo pragmatico e pretorio, la quale non ha base nel diritto scritto, e anzi appare difficilmente conciliabile con gli stessi principi, non essendo consentito ai pubblici poteri, e ancor meno ai giudici, di farsi sostituire — laddove la legge non lo autorizzi — né da altri organi, né da persone estranee all'organizzazione dei poteri stessi. Essa si è tuttavia consolidata come *jus receptum*, accettata non solo ai massimi livelli della giustizia amminitrativa, ma (sia pure *incidenter*) dalla stessa Corte costituzionale.

([37]) CdS, V s., 3.6.1970 n. 476. In casi di inadempimento ministeriale è stato talvolta incaricato il direttore generale del ramo (a.p., 29.1.1980 n. 2).
([38]) SANDULLI, *Man. dir. amm.*, 12ª ed., 1974, 961.
([39]) Sent. 12.5.1977 n. 75.
([40]) CdS, a.p., 14.7.1978 n. 23.

19. - La natura della funzione e dell'attività commissariale, concepite nel modo che si è descritto, non risultano finora chiaramente configurate. Ci si imbatte ancora in sentenze dove il commissario viene descritto a un tempo come ausiliare del giudice e organo (straordinario) dell'Amministrazione (« in quanto inserito coattivamente nella struttura organizzativa di questa in sostituzione dei normali organi operativi », « esautorati *ope judicis* » ([41])). Non è mancato tuttavia chi — *de jure condendo* — ha immaginato il commissario come un « perito » chiamato a predisporre un « progetto » del conclusivo provvedimento attuativo del giudice ([42]). Così come lo configura l'attuale corso giurisprudenziale, il commissario non è però un semplice consulente del giudice, del tipo del « funzionario tecnico » incaricato di redigere le perizie da lui disposte (artt. 27 e 31 reg. proc. CdS). È investito infatti dal giudice addirittura della potestà di svolgere — in sua vece — le istruttorie e adottare i provvedimenti che — utilizzando la propria esperienza — ritenga appropriati per dare attuazione alla sentenza da portare ad effetto. Non è un organo del giudice, non avendo questo il potere di istituire nuovi organi, e non è neppure uno degli ausiliari del giudice noti alla tipologia processualistica, essendogli attribuiti compiti cognitori, decisionali e operativi altrimenti di spettanza del giudce. Questo funzionario — traslato dall'area dell'amministrazione (nella quale la sua figura era nata) in quella della giurisdizione — è invece un sostituto del giudice; e i provvedimenti da lui adottati, pur non assumendo il carattere di atti giurisdizionali ([43]), non possono non essere considerati tuttavia paragiurisdizionali o, se si preferisce, subgiurisdizionali. Quest'ultimo concetto si è voluto evidentemente esprimere quando è stato detto che essi sono « sottoposti all'immanente controllo del giudice » ([44]). Né si osservi che le indicazioni appena formulate sono a malapena descrittive. La realtà alla quale ci ha messi di fronte la novità pretoria della giurisprudenza non si fa calare facilmente negli schemi degli istituti tradizionali.

Nella sentenza dell'adunanza plenaria 23/1978 — che rappresenta

([41]) Cga. R. Sic. 25.2.1981 n. 1.
([42]) De Roberto, relazione introduttiva al convegno di Varenna, 1981.
([43]) Così sembrerebbe adombrare invece Verde, *op. cit.*, 645.
([44]) Sent. 23/1978 cit.

finora (unitamente alla successiva sentenza della stessa adunanza 29.1. 1980 n. 2) l'autentica fonte ufficiale della materia (mentre l'ideologia è rinvenibile nel notevole scritto più sopra ricordato dell'estensore della prima delle ricordate sentenze, il consigliere di Stato Calabrò) — si legge che « gli atti emanati dal commissario *ad acta* giudiziale (così come quelli direttamente emessi dal giudice dell'ottemperanza) non sono riconducibili sotto il regime dei controlli ed impugnazioni che vale di regola per gli atti amministrativi ». Mancando per essi — continua (in modo forse troppo sintetico) la sentenza — quel « vaglio collegiale nella sede giurisdizionale alla luce del contraddittorio (ancorché imperfetto) che si realizza nell'apposito procedimento in camera di consiglio », non si può nondimeno non riconoscere alle parti insoddisfatte dell'operato del commissario la possibilità di rivolgersi, nelle forme proprie del giudizio di ottemperanza, al giudice di questo, « perché verifichi la rispondenza alle proprie indicazioni degli atti emessi, in suo luogo, dal commissario da lui nominato *ad hoc* ». Non si tratterebbe cioè di un giudizio d'impugnazione — tale non è, del resto, lo stesso giudizio di ottemperanza (come si vedrà) —, bensì di una sollecitazione dei poteri inerenti a quell'« immanente controllo del giudice dell'ottemperanza » di cui si è detto.

Se così è, probabilmente la sentenza *magis dixit quam voluit*. Buona parte delle disposizioni degli artt. 90 e 91 reg. proc. CdS da essa richiamati non si attagliano infatti al caso. È da ritenere che, precisato che non occorre un giudizio d'impugnazione, la sentenza abbia voluto dire soltanto che per censurare l'operato del commissario e ottenerne la riforma basta rivolgersi direttamente al giudice che lo nominò, col semplice deposito del ricorso, e che il procedimento si svolge, successivamente, secondo le modalità indicate nell'art. 91 (comunicazione al Ministro, termine dilatorio di venti giorni e sollecita trattazione in camera di consiglio). Nell'unico giudizio a mia conoscenza, nel quale il ricorrente si è attenuto a tale criterio, la sentenza ha affermato che in materia la procedura stessa sarebbe da osservare necessariamente, ed ha annullato il provvedimento commissariale posto sotto accusa dal ricorrente ([45]).

([45]) CdS, V s., 16.10.1981 n. 466; nel senso dell'inammissibilità della procedura d'impugnazione, v. già V s., 27.3.1981 n. 97.

Quanto si è detto comporta anche la possibilità di chiedere ed ottenere, nel corso del giudizio, la sospensione degli atti commissariali ([46]), non altrimenti da come sarebbe possibile ottenere, eventualmente, quella degli atti del giudice delegato (ma non ai sensi dell'art. 21 L. 1034/1971 e dell'art. 39 t.u. CdS, e neanche ai sensi dell'art. 33 della prima legge).

20. - Rimane aperto il problema del termine per rivolgersi al giudice, apparendo poco coerente (in un sistema che ha addirittura esteso pretoriamente alle sentenze amministrative il termine di decadenza annuale stabilito dall'art. 327 c.p.c. per l'impugnazione delle sentenze) che contro l'operato del commissario (e della stessa Amministrazione cui il giudice dell'ottemperanza abbia ordinato di provvedere in un certo modo, più o meno tassativo) ci si possa gravare senza limiti di tempo (« finché duri l'azione del giudicato », come si esprime l'art. 90 reg. proc. CdS): un problema che solo il legislatore potrebbe risolvere incontestabilmente. Si può tuttavia ipotizzare — pretorietà per pretorietà — l'applicazione della perenzione, una volta che si volesse considerare il giudizio ex art. 27 n. 4, nel quale sia stato dato inizio (con un ordine all'Amministrazione, con l'incarico a un commissario, con la delega di un giudice, o altrimenti) a una fase « adempitiva », come una procedura destinata a rimanere « aperta » fin quando la fase stessa non si sia conclusa con una pronuncia del collegio ([47]), da sollecitare mediante istanza di trattazione. In tal caso, per adire il collegio nei confronti degli atti del commissario o del giudice delegato, il ricorrente non avrebbe neppure l'onere di pagare l'anacronistica tassa di ricorso, altrimenti necessaria e fonte di ulteriori deprecabili questioni di rito.

Rimane altresì aperto il problema dell'esigenza di assicurare la presenza nel giudizio del commissario *ad acta* (assegnandogli un congruo termine per una relazione scritta e invitandolo a partecipare alla seduta di trattazione della causa, e forse anche ad essere ascoltato in quella di decisione) ([48]).

([46]) Sent. CdS, V s., 11.7.1980 n. 741, non motivata peraltro in argomento.

([47]) Vedasi VERDE, *op. cit.*, 662, nonché le relazioni di DE ROBERTO, CALABRO' e PIGA al convegno di Varenna del 1981.

([48]) In argomento v. gli accenni di VERDE, *op. cit.*, 662.

Rimane infine aperto (prima di tutto perché lo impone l'art. 24 Cost.) l'indifferibile problema di assicurare (attraverso comunicazioni in tempo utile, da eseguire d'ufficio o attraverso notificazioni a cura del ricorrente) il diritto di difesa a tutte le parti del giudizio concluso con la sentenza da portare a effetto (e aventi causa). Problema il quale non è risolto in senso positivo neppure da quella disposizione dell'art. 27 L. 1034, ult. co., la quale, consentendo (ma solo per i giudizi di competenza dei TAR) che ognuna delle parti richieda (che un giudizio da trattare normalmente in camera di consiglio venga trattato in udienza, può comportare, al massimo, che le sole parti costitute siano informate del mutamento del rito e della fissazione dell'udienza ([49]).

21. - Le considerazioni dianzi svolte a proposito della opportunità che, in quei casi nei quali il giudice abbia adottato disposizioni adempitive (mediante la nomina di un commissario o altrimenti), il giudizio ex art. 27 n. 4 sia considerato « aperto » (e cioè non concluso) fin quando non intervenga una sentenza definitiva del giudizio (sia pure una sentenza che dichiari la perenzione, la quale dovrebbe comportare, oltre all'estinzione del giudizio, anche il venir meno della potestà di promuovere un nuovo giudizio per esercitare l'azione di giudicato), tali considerazioni — dicevo — dovrebbero aiutare a risolvere anche il problema dell'appello contro le sentenze dei TAR emanate, ai sensi dell'art. 37 L. 1034, per l'adempimento dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi alle loro pronunce e a quelle d'appello che le confermino.

Sono dalla parte di coloro che rifiutano la tesi dell'inappellabilità delle sentenze dei TAR in materia di esecuzione dei propri giudicati: una tesi che, pur avendo dalla sua l'autorità di una importante pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ([50]), peraltro sostanzialmente rinnegata (al di là della lettera) da una pronuncia successiva ([51]), ha contro di sé l'art. 125 Cost. (il quale configura i TAR come giudici di primo grado) e l'art. 28 L. 1034 (il quale contempla come rimedio generale l'appello contro le sentenze dei TAR), ed è stata confutata, in modo

([49]) Indicazioni di giurisprudenza in Scoca, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, FI, 1979, III, 78.
([50]) Sent. 23/1978, cit.
([51]) A.p., 29.1.1980 n. 2.

efficace e quasi sempre convincente, da Scoca ([52]). Mi paiono allarmanti le considerazioni da lui svolte a proposito degli inconvenienti cui — mancando una normativa canonizzata della procedura dell'azione ex art. 27 n. 4 — potrebbe condurre la dispersione incontrollata della materia tra ventidue giudici, senza contare le sezioni staccate (venti dei quali giudici sarebbero anzi sottratti anche all'istanza unificante dell'ad. plenaria del Consiglio di Stato): una dispersione suscettibile di generare tutta una serie di differenti processi di ottemperanza, « ciascuno irriducibile agli altri ». Né considero convincenti le obbiezioni di illegittimità costituzionale mosse all'art. 37 L. 1034 per il fatto che il giudizio di ottemperanza alle pronunce del Consiglio di Stato ha luogo (diversamente da quello relativo alle pronunce dei TAR) in unico grado ([53]): infatti l'art. 125 Cost. prescrive solo per le sentenze dei TAR un secondo grado di giudizio e non riserva ai TAR, in primo grado, tutte le materie che possono formare oggetto di giudizio amministrativo; inoltre la riserva al Consiglio di Stato dei giudizi di ottemperanza alle proprie sentenze ha una valida base razionale, data la continuità sussistente tra sentenza da adempiere e giudizio di ottemperanza.

Non posso tuttavia mancare di notare che, quando volesse ritenersi che ogni atto del commissario *ad acta* possa suscitare un *nuovo* giudizio di ottemperanza e la pronuncia conclusiva di questo possa essere appellata *ex se*, il doppio grado rischierebbe di alimentare un groviglio inestricabile di processi nel processo. L'inconveniente risulterebbe invece evitato quando il giudizio di ottemperanza venga considerato (come già accennato) uno, ed uno solo, talché (dopo essersi svolto interamente sotto « l'immanente controllo » del giudice) esso si concluderebbe solo con la sentenza finale. Abbracciata tale tesi, sarebbe impugnabile solo questa sentenza, mentre non dovrebbero esserlo gli interventi del collegio suscitati — per così dire — da « incidenti » determinatisi nel corso della ottemperanza (rimostranze contro singoli atti commissariali, ecc.). Portando avanti — non importa se in sede giurisprudenziale o legislativa — il discorso aperto in modo pretorio con la sent. 23/1978, si potrebbe

([52]) *Loc. cit.* Le argomentazioni sono state fatte in buona parte proprie dalla ricordata sentenza 2/1980 della ad. plenaria del Consiglio di Stato.

([53]) V. ordinanza TAR Lazio, s. I, 24.9.1980 n. 963.

anzi pensare che, in tale contesto, gli interventi anzidetti possano aver luogo in forma di ordinanza e non di sentenza.

22. - Il giudizio ex art. 27 n. 4 t.u. CdS — la cui normativa è integrata dagli artt. 90-91 reg. proc. — non è configurato dal legislatore, e non vive nella prassi giurisprudenziale, come giudizio di impugnazione. Anzi fino ai giorni nostri la giurisprudenza ha generalmente ritenuto che appunto perciò esso non potrebbe essere proposto allorquando la inottemperanza si sia realizzata non attraverso un comportamento omissivo o un atto di rifiuto espresso ([54]), bensì attraverso atti formalmente adempitivi, mediante i quali l'Amministrazione, per errore o per cattiva volontà, si sia, in modo più o meno distorto, sottratta al dovere di ottemperanza.

Ci si è dovuti render conto tuttavia, alla lunga, del carattere formalistico della distinzione, ed è stato man mano ammesso che (a parte i casi di inerzia assoluta dell'Amministrazione) il giudizio in questione possa essere utilizzato, non solo nei casi di rifiuto esplicito, ma anche (come si esprime riassuntivamente Vacirca) ([55]) nei casi di inottemperanza realizzata mediante « atti meramente preliminari », « adempimenti parziali », « atti palesemente elusivi ».

Da ultimo però il Consiglio di giustizia amministrativa per la Reg. siciliana ([56]) e il TAR del Lazio ([57]), recependo un orientamento dottrinale che nell'ultimo ventennio si è venuto sempre più affermando e che fin dall'origine mi trova dalla sua parte ([58]), hanno ritenuto di dovere finalmente far cadere ogni barriera nei confronti dell'inottemperanza realizzata attraverso provvedimenti pretesamente adempitivi in contrasto col giudicato. Per esigenze di funzionalità — scrivevo molti anni fa ([59]) — all'unitarietà del giudizio ex art. 27 n. 4 (che si è voluto, per evidenti ragioni, più snello e fluido) è stata sacrificata ogni altra esigenza (e quin-

([54]) Circa l'ammissibilità del ricorso *ex* art. 27 n. 4 nei casi di rifiuto espresso, v. già CdS, V s., 25.4.1908 (GI 1908, III, 296).

([55]) *Giudizio di ottemperanza e provv. sopravvenuti,* FA 1981, I, 1°, 379, con riferimenti giurisprudenziali.

([56]) Sent. 25.2.1981 n. 1.

([57]) Sez. II, 6.5.1981 n. 336 e 3.6.1981 n. 483.

([58]) Indicazioni in VACIRCA, *loc. cit.*

([59]) *Il giudizio davanti al Cons. di Stato,* 1963, 174.

di — una volta che quel giudizio è stato esteso ai casi di inottemperanza ai giudicati amministrativi — anche la regola che contro gli atti amministrativi occorra procedere in via di impugnazione): sicché l'oggetto e il contenuto della pronuncia ex art. 27 n. 4 possono essere di volta in volta diversi (come confermano del resto i casi in cui il processo in questione viene utilizzato nei confronti degli atti amministrativi elusivi del giudicato): essi possono riguardare non solo l'emanazione, ma anche l'annullamento di un provvedimento; la creazione, l'estinzione, la restaurazione di un rapporto; e via dicendo.

23. - Quanto poi al limite ultimo delle conseguenze derivanti dalla sentenza da attuare, fino al quale è possibile estendere l'azione ex art. 27 n. 4, l'argomento rimane complesso e difficile, al di là delle poche precisazioni che tentai al riguardo nel convegno di Napoli del 1960, evidenziando l'esigenza del carattere necessario, specifico, immediato e attuale della conseguenzialità tra giudicato e obbligo dell'Amministrazione ([60]). Lo stesso Nigro, che nel recente convegno di Varenna ha dedicato al nostro argomento una relazione di notevole impegno, ha dovuto dichiararsi rassegnato alla impossibilità di fare, in sede teorica, ulteriori passi avanti, e appagarsi dell'affermazione che la « regola della ripristinazione » è « una regola elastica, l'incertezza del cui contenuto si definisce normalmente solo successivamente al giudicato » ([61]).

24. - Uno dei punti incerti può apparire se il rimedio in questione possa essere utilizzato anche quando il ricorrente ponga in discussione la legittimità del modo in cui l'Amministrazione abbia fatto uso del potere discrezionale di scelta tra una serie di legittimi modi di adempiere. Ma riterrei che esso vada risolto in senso positivo.

25. - Contro l'espansione del giudizio di ottemperanza ai casi nei quali l'inottemperanza consiste nell'emanazione di un atto amministrativo inappropriato non potrebbe farsi valere il semplice fatto che l'art. 90 reg. proc. CdS dispone che il ricorso può esser proposto « non prima

([60]) *Atti*, cit., 52 ss.
([61]) *Il giudicato amm.*, cit., n. 4/*a*

di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in mora di provvedere », e neppure il fatto che laddove vi sia un atto amministrativo non può rimanere inosservato il termine di decadenza di sessanta giorni assegnato per l'impugnativa dall'art. 21 L. 1034.

Quanto alla messa in mora prescritta dall'art. 90 reg. proc. (che non può essere accomunata a quella occorrente nei casi di comportamenti omissivi perché il silenzio possa assumere il valore legale di rifiuto) va osservato che — come già da epoca remota la giurisprudenza ha rilevato ([62]) — essa, ovviamente, non è applicabile ai casi nei quali l'inottemperanza sia stata realizzata attraverso un atto.

Quanto poi all'esigenza di osservare a pena di decadenza, anche nei casi di atti ottemperanti nella forma ma non nella sostanza, il termine comunemente assegnato per l'impugnazione degli atti amministrativi, è da ritenere, sì, che essa effettivamente sussista (e che perciò il termine ha da valere già nei casi — nei quali il rimedio dell'art. 27 n. 4 viene solitamente ammesso — di provvedimenti palesemente elusivi del giudicato); né appare adducibile contro di essa la disparità di trattamento, indubbiamente esistente sotto il profilo in esame, dei casi di inottemperanza inattiva rispetto a quelli di inottemperanza attiva: nel secondo caso c'è, a « far diritto » (e a suscitare certezza giuridica), un atto amministrativo con la sua carica di imperatività, nel primo non c'è nulla: perciò la disparità di regime ha una sua ragion d'essere.

Tutto questo, se comporta, a mio avviso, che nei casi in esame va pur sempre osservato, nel ricorso, il termine di decadenza prescritto per l'impugnazione degli atti amministrativi, non esclude però che il ricorso debba esser proposto nelle forme proprie dei giudizi ex art. 27 n. 4, e dunque, tra l'altro, senza onere di indicare questo o quel vizio dell'atto, essendo sufficiente denunciare l'avvenuta inottemperanza ([63]), ed essendo il giudice libero di scegliere la soluzione appropriata, indipendentemente dal contenuto della domanda ([64]). Nei casi in questione vanno osservate cioè così la regola per cui il ricorso non può esser proposto quando più non « duri l'azione di giudicato » (essendo trascorso il ter-

([62]) V. le sentt. CdS, V s., 25.4.1908 (GI 1908, III, 296) e 31.1.1948 n. 78.
([63]) CdS, a.p., 14.7.1981 n. 2.
([64]) Cfr. NIGRO, *Sulla nat. giur. del processo*, cit., 284 s., e *Il giudicato*, cit., n. 9/*b*; VERDE, *op. cit.*, 660.

mine di prescrizione decorrente dal momento di formazione della cosa giudicata), come la regola per cui l'atto amministrativo non può esser più contestato dagli amministrati davanti al giudice quando sia diventato inoppugnabile per esser trascorso il termine di sessanta giorni dal momento in cui esso sia entrato nei modi previsti dalla legge nella sfera di conoscibilità del destinatario.

26. - Ribadito il convincimento, non solo della possibilità, ma della necessità di utilizzare il rimedio di cui all'art. 27 n. 4 t.u. CdS in tutti i casi di atti amministrativi attraverso i quali l'Amministrazione si sia sottratta al dovere di ottemperanza ai giudicati, occorre peraltro ricordare altresì che il giudizio ex art. 27 n. 4, riflettente l'azione diretta ad « ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato », interessa soltanto l'ipotesi in cui, in conseguenza della sentenza passata in giudicato, è necessario — in positivo o in negativo — un comportamento *attuativo* dell'Amministrazione in diretto e immediato rapporto con la sentenza. Non interessa invece le ipotesi in cui venga in questione semplicemente l'obbligo di « osservanza » del giudicato, e cioè l'obbligo di non porre in essere in futuro atti in contrasto col contenuto delle statuizioni del giudicato ([65]). Gli atti di quest'ultima specie, illegittimi per violazione di legge (art. 2909 c.c.), sono giustiziabili solo attraverso il comune ricorso di impugnazione regolato dall'art. 21 L. 1034 ([66]). Per tale via dovrebbe agire, p.es., la parte resistente in un giudizio concluso con l'affermazione della legittimità dei criteri di massima adottati dalla commissione giudicatrice di un concorso, per far dichiarare illegittima e caducare la successiva deliberazione che avesse modificato i criteri stessi nel senso sostenuto in quel giudizio dalla parte ricorrente rimasta soccombente: qui non si tratterebbe infatti di porre in essere gli atti occorrenti per portare ad attuazione il giudicato, ma solo di prestare osservanza al contenuto di esso (e cioè di non discostarsene, di non violarlo).

([65]) Sulla distinzione v. ancora *Il giudizio davanti al Cons. di Stato*, cit., 170.
([66]) Cfr. anche GIANNINI e PIRAS, *Giurisdizione amm. e giurisdizione ord. nei confronti della pubbl. amm.*, EdD, XIX, 264.

ABSTRACT

Il saggio esamina i problemi relativi al dovere della pubblica amministrazione di adempiere alle sentenze e alle ordinanze esecutive del giudice amministrativo e di prestarvi osservanza. Esclude la utilizzabilità, in caso di inadempimento di sentenze esecutive non passate in giudicato, del rimedio accordato dall'art. 27 n. 4 t.u. Cons. di Stato. Tratta degli sviluppi dischiusi dalla recente giurisprudenza, sul piano sostanziale e processuale, a quest'ultimo rimedio, ammesso per ottenere che l'Amministrazione si conformi alle sentenze passate in giudicato.

La riforma della magistratura amministrativa*

Pubblicato in

Il Foro Amministrativo
Milano, 1982, II, col. 1428-1437

La funzione consultiva
del Consiglio di Stato
(*Studi in onore di Guido Landi*)
Milano, 1985, pp. 269-287

* Relazione conclusiva tenuta al Convegno dell'Associazione nazionale degli avvocati amministrativi sul tema, svoltosi a Roma presso la Sede del Consiglio di Stato, nel giugno 1982

1. Nel realizzare il programma enunciato negli art. 103 e 125 cost., la l. n. 1034 del 1971 aveva istituito in sede regionale i tribunali amministrativi come giudici di primo grado, integrandoli così, in un quadro unitario, col Consiglio di Stato, diventato ormai — salvo pochissime eccezioni — giudice di secondo grado (oltreché dei conflitti di competenza). Talune imperfezioni dell'unificazione del sistema, riguardanti la Sicilia — dove sopravvive, nell'esercizio delle competenze del Consiglio di Stato, il Consiglio di giustizia amministrativa —, sono state corrette in sede di giustizia costituzionale, adeguando la competenza del TAR di quella regione a quelle degli altri TAR (C. cost., n. 61 del 1975 e n. 25 del 1976), nonché in sede di giustizia amministrativa, concentrando nel Consiglio di giustizia amministrativa l'intera competenza di appello (Cons. St., ad. plen.,n. 21 del 1978 e n. 18 del 1979). Resta solo da istituire il TAR del Trentino-Alto Adige (al quale fa riferimento anche l'art. 56 della recentissima l. n. 186 del 1982, ma che tarda a esser realizzato per via delle indubbie difficoltà che la costituzione di esso comporta).

2. Se aveva impresso un carattere unitario — poi completatosi senza nuovi interventi del legislatore nel modo anzidetto — alla giurisdizione concentrata nel complesso TAR-Consiglio di Stato-Consiglio di giustizia amministrativa, la legge del 1971 aveva però evitato una *reductio ad unitatem* della magistratura.

L'alto piedestallo sul quale la tradizione storica e culturale aveva collocato il Consiglio di Stato, imponendone il rispetto agli stessi costituenti (che avevano anzi concepito quasi come un'appendice, non necessariamente estesa all'intero territorio della materia, i giudici amministrativi di primo grado cui si riferisce l'art. 125 della Carta fondamentale), aveva allora indotto, direi quasi naturalmente, a non infrangere la *turris eburnea* di questo prestigioso istituto. Magistratura del Consiglio di Stato e magistratura dei TAR rimanevano corpi separati, con ruoli distinti. E gli elementi di collegamento e comunicazione instaurati tra esse privilegiavano la prima: solo per i provvedimenti riguardanti i magistrati dei TAR (compresi peraltro i provvedimenti riguardanti la disposizione del contingente dei posti di consigliere di Stato riservato ai magistrati regionali e la nomina dei magistrati del Consiglio di Stato a presidenti dei TAR: art. 9, 13 e 17) vi era — con compiti consultivi — un consiglio di presidenza, ed era presieduto dal presidente del Consiglio di Stato e ne facevano parte (insieme a quattro magistrati amministrativi regionali) due presidenti di sezione del Consiglio stesso e due magistrati del Consiglio di Stato investiti della funzione di presidenza di un TAR (art. 49) (tutto ciò che atteneva ai provvedimenti riguardanti i magistrati del Consiglio di Stato continuava a rimanere di esclusiva prerogativa del Governo); i TAR dovevano essere necessariamente presieduti da un magistrato del Consiglio di Stato (art. 11); solo un quarto dei posti di consigliere di Stato disponibili era riservato ai consiglieri dei TAR (art. 17).

Questo meccanismo, che ha caratterizzato la prima fase dell'esperienza dei TAR, ha, nonostante qualche strappo, contribuito positivamente, a mio avviso, a inserire nella cultura tradizionale della giustizia amministrativa, senza troppo bruschi salti di coesione ed efficienza, i nuovi organi locali di essa, naturalmente e non sempre senza ragione portati a rinnovarla e rinverdirla.

3. La nuova legge sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa (la l. n. 186 del 1982, cit.) segna la seconda fase. Se la legge del 1971 ebbe per obiettivo la *reductio ad unitatem* del sistema della giurisdizione, la nuova legge ha per obbiettivo quella del sistema della magistratura.

In virtù di essa le due categorie di magistrati (non è più il caso di parlare di due magistrature) — pur inserite formalmente in un unico ruolo (tab. A e art. 14) — continuano a rimanere distinte, ma si stabilisce tra di esse un'assai più intima comunicazione, e anzi un'autentica integrazione. La differenziazione serve a conservare al Consiglio di Stato il prestigio proprio dello storico livello della sua funzione, prezioso anche al fine di preservarne il carattere di sede ambita e di favorire una valida selezione dei suoi componenti. L'integrazione però rappresenta a propria volta il necessario coronamento dell'unificazione funzionale (la quale ha espressione anche — sia detto *per incidens* — nella cessazione della discriminazione delle due categorie di magistrati ai fini della utilizzazione extraistituzionale), e serve a un tempo a coltivare l'emulazione dei magistrati dei TAR e a incentivare una selezione basata sull'affinamento professionale.

4. La nuova legge ha offerto però anche l'occasione per talune innovazioni di ordine funzionale riflettenti l'esercizio della giurisdizione amministrativa, alle quali converrà dedicare poche osservazioni prima di passare a occuparci di quegli aspetti della riforma — e sono i principali — che riguardano l'ordinamento della magistratura.

La più importante di tali innovazioni riguarda la possibilità che con provvedimento governativo (decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, a seguito di deliberazione del consiglio di presidenza della magistratura amministrativa) un TAR sia, nella sua stessa sede principale, suddiviso in sezioni (art. 13, comma 2 n. 4 e comma 3; per l'istituzione di sezioni staccate la competenza rimane riservata invece alla legge: art. 6, comma 4). Unitamente all'aumento degli organici (tab. A) dei magistrati e alla disposizione in base alla quale ciascuna sezione deve disporre di non meno di cinque magistrati (e cioè di due in più di quelli occorrenti per formare un collegio giudicante), questa innovazione facilita la possibilità di fronteggiare l'intasamento di contenzioso presente in certi TAR maggiori.

Sullo stesso piano dell'innovazione appena riferita, e in una certa misura collegata con essa, è la disposizione in base alla quale nei TAR divisi in sezioni il presidente del TAR presiede solo la prima sezione, mentre (fermo restando quanto stabilisce la l. n. 1034 per le sezioni romane del TAR del Lazio) le rimanenti sezioni, e le stesse sezioni staccate, sono affidate alla presidenza di un consigliere di TAR chiamato *ad hoc* (col suo consenso) ad assumere, per incarico, tale funzione con provvedimento governativo dietro deliberazione del consiglio di presidenza (art. 6, comma 5, e art. 13, comma 2 n. 1 e comma 3).

5. Di notevole importanza, in quanto destinata ad accelerare il corso della giustizia, è la disposizione dell'art. 1, in base alla quale le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (cui, come a quelle consultive, è assegnata una dotazione di due presidenti) pronunciano « con l'intervento di uno dei presidenti e di quattro consiglieri » (altrettale deve essere la composizione minima delle sezioni consultive, nonostante una certa ambiguità della formula in cui il concetto viene espresso nell'art. 1).

È da escludere che la disposizione relativa alla composizione del collegio giudicante voglia significare anche che, in caso di assenza o impedimento di uno dei due presidenti, l'affare non possa esser trattato. In tali casi il presidente viene supplito nei modi tradizionali.

Va anche ricordato che alla riduzione del numero dei componenti del collegio giudicante delle sezioni del Consiglio di Stato non si è accompagnata quella dei componenti del collegio giudicante dell'adunanza plenaria (art. 5), il quale continua così a rimanere curiosa-

mente più numeroso del collegio delle sezioni unite della Corte di cassazione. È stato però stabilito — per correggere una evidente imperfezione dell'attuale sistema — che, in caso di assenza o impedimento del presidente del Consiglio di Stato, l'adunanza è presieduta dal più anziano presidente di sezione giurisdizionale.

Mentre l'art. 45 t.u. Cons. St. del 1924 — norma finora applicata in materia — stabiliva che dell'adunanza plenaria fanno parte « quattro consiglieri per ciascuna sezione giurisdizionale », l'art. 5 della nuova legge dice che l'adunanza è composta da « dodici magistrati del Consiglio di Stato scelti dal consiglio di presidenza in ragione di quattro per ciascuna delle sezioni giurisdizionali ». Ciò fa pensare che non solo i consiglieri, ma anche i presidenti di sezione possono esser chiamti a far parte dell'adunanza; e tale interpretazione appare corroborata dal fatto che l'ult. comma art. 5 — nel disporre (con precetto di non felice formulazione) che, in caso di assenza o di impedimento dei componenti dell'adunanza (ed — è da ritenere — anche dei rispettivi supplenti), essi sono sostituiti « dal magistrato più anziano *nella qualifica* della rispettiva sezione », — offre un'ulteriore chiave per far escludere che i componenti dell'adunanza attinti alle sezioni debbano necessariamente possedere la qualifica di consigliere.

6. Altre innovazioni di ordine processuale sono contenute nell'art. 55 della legge, e riguardano: la prescrizione anche per le sentenze amministrative della sufficienza che esse siano firmate dal presidente (del collegio) e dall'estensore, e la riduzione delle modalità di pubblicazione delle sentenze al deposito nella segreteria, certificata dal segretario in calce alla sentenza.

La comunicazione dell'avvenuto deposito alle parti costituite, prescritta dal cit. art. 55, e da effettuare entro cinque giorni, sul modello di quanto dispone l'art. 133 c.p.c. e avente, allo stesso modo, funzione di integrazione della procedura del deposito, assorbe la comunicazione agli avvocati prevista dall'art. 9 l. n. 1018 del 1950, ma non anche quella alle autorità interessate, prescritta dall'art. 87 reg. proc. appr. con r.d. n. 642 del 1907.

Minor rilievo riveste — anche se significativa — la disposizione, di carattere ordinatorio, dell'ult. comma art. 55, in base alla quale le sentenze debbono essere « redatte » non oltre il 45° giorno da quello della decisione. Del resto il ritardo della pubblicazione delle sentenze è da far risalire troppo spesso non al fatto della redazione, ma alle successive fasi della copia, collazione e raccolta delle firme.

7. Uno dei punti salienti della *reductio ad unitatem* della giurisdizione e della magistratura amministrativa a un tempo, va identificato nella costituzione di un unico consiglio di presidenza, organo di autogoverno che presiede ormai all'intera magistratura amministrativa, e che — anche in funzione di una più piena attribuzione alla magistratura amministrativa di una posizione di indipendenza nei confronti del potere politico — si occupa ormai di tutti gli appartenenti alla magistratura stessa (assumendo all'uopo un ruolo non molto lontano da quello che assolve nel proprio campo il Consiglio superiore della magistratura, ma col vantaggio della non pletoricità), e inoltre dello stesso personale di segreteria di tutti gli organi della giurisdizione amministrativa (art. 35), sicché lo si può considerare come un vero e proprio organo di governo dell'intero personale di quella giurisdizione.

Presieduto dal presidente del Consiglio di Stato, e soggetto a scioglimento con decreto del Presidente della Repubblica (da adottare previa deliberazione del Consiglio dei ministri) in caso di « impossibilità di funzionamento » (art. 11), ne fanno parte di diritto i due presidenti di sezione più anziani in servizio presso il Consiglio di Stato, e inoltre — per elezione triennale (non rinnovabile) da parte del rispettivo « gruppo elettorale » (intendendosi per tale il corpo degli stessi titolati all'elettorato passivo) — altri quattro magistrati (indifferentemente presidenti o consiglieri) in servizio presso il Consiglio di Stato (nel quale non esistono ormai più referendari e primi referendari) e sei magistrati (di qualsiasi qualifi-

ca) in servizio presso i TAR, dei quali ultimi almeno due con qualifica non inferiore a consigliere (dunque da referendario fino a presidente).

I compiti di autogoverno del consiglio di presidenza sono assai importanti, non sono meramente consultivi, e non si limitano al solo governo del personale.

Il consiglio assolve prima di tutto certi compiti di indirizzo generale.

È il consiglio a stabilire i criteri di massima per la ripartizione degli affari tra le sezioni consultive e dei ricorsi tra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, nonché i criteri per la ripartizione dei ricorsi nell'ambito dei TAR divisi in sezioni: un compito, quest'ultimo, che riguarda le sole sezioni romane del TAR Lazio e le altre sezioni non decentrate eventualmente istituite ai sensi dell'art. 13 comma 2 n. 4 e comma 3 della legge (e non anche le nove sezioni decentrate, per le quali l'art. 32 l. n. 1034 del 1971 presenta carattere esaustivo). Così pure compete al consiglio di presidenza di fissare i criteri per l'avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e quelle giurisdizionali del Consiglio di Stato e, rispettivamente, nell'ambito di ciascuno dei due anzidetti raggruppamenti funzionali, come pure fra le sezioni dei TAR articolati in sezioni, e inoltre i criteri per la formazione del calendario annuale delle udienze e la composizione trimestrale dei collegi giudicanti (criteri ai quali dovranno poi conformarsi i rispettivi presidenti, competenti a disporre in materia) (art. 2 e 6), così del Consiglio di Stato, come dei TAR. È di spettanza del consiglio di presidenza pure la determinazione dei criteri per la nomina dei consiglieri dei TAR e dei consiglieri di Stato a presidente di sezione del Consiglio di Stato o a presidente di TAR (art. 21: è la legge stessa a prescrivere peraltro la necessità che sia tenuto conto a tal fine, « in ogni caso », dell'attitudine all'ufficio direttivo e dell'anzianità di servizio).

I criteri fin qui elencati vengono adottati tutti con deliberazioni consiliari autosufficienti, vale a dire per sé sole operative, al pari degli altri atti contemplati nel comma 1 art. 13 (adozione del regolamento interno del consiglio di presidenza, convalida dei propri componenti, ecc.).

Altrettanto si verifica per la deliberazione relativa alla composizione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che è diventata di competenza del consiglio di presidenza ai sensi dell'art. 5 della nuova legge; come pure per i giudizi di non demerito dei magistrati dei TAR ai fini dell'avanzamento a primo referendario e a consigliere di TAR (art. 17-18); e così pure per i provvedimenti di invio in missione (a domanda, o d'ufficio) di magistrati presso i TAR che non riescano a funzionare per mancanza di un sufficiente numero di componenti (art. 25).

Abbisogna per contro di esser tradotta in un decreto governativo — di volta in volta posto in essere dal Presidente del Consiglio dei ministri, o (su proposta di questo) del Presidente della Repubblica — o in un decreto del presidente del Consiglio di Stato, pur rivestendo, a mio avviso, carattere decisionale (« determinativo del contenuto ») e non meramente consultivo (onde il successivo decreto governativo o presidenziale — il quale presuppone la semplice verifica della legittimità del deliberato — assolve un ruolo solo costitutivo), la generalità delle deliberazioni del consiglio di presidenza — alcune delle quali estremamente importanti — contemplate nel comma 2 art. 13 e in taluni altri articoli. Una parte di esse riguarda l'organizzazione degli istituti: la struttura dei TAR (organico dei magistrati; divisione in sezioni) (n. 4 comma 2 cit.; in materia si provvede con decreto del Presidente della Repubblica) e quella delle segreterie così del Consiglio di Stato come dei singoli TAR (piante organiche del personale di segreteria ed ausiliario) (n. 6; in materia si provvede con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri), nonché i criteri per la formazione delle commissioni speciali previste dall'art. 22 t.u. n. 1054 del 1924 da parte del presidente del Consiglio di Stato (n. 7).

Al medesimo tipo funzionale attiene la proposta del consiglio di presidenza, indispensabile perché i posti vacanti di consigliere di Stato non potuti coprire in base ai contingenti

stabiliti dall'art. 19 (posti riservati per metà ai consiglieri dei TAR, per un quarto alle nomine governative, per un quarto al concorso esterno) possano essere portati, con decreto del Presidente della Repubblica, in aumento alle altre categorie (art. 13, comma 3, e 20).

Altre deliberazioni del consiglio di presidenza riguardano i singoli magistrati: le assunzioni, le assegnazioni di sedi e funzioni, i trasferimenti, le promozioni, il conferimento di uffici direttivi, e in generale tutti i provvedimenti riguardanti lo stato giuridico (n. 1; in materia si provvede con decreto del Presidente della Repubblica); il conferimento di incarichi estranei ai compiti istituzionali ma non incompatibili con essi (quali la nomina ad arbitri, a componenti di commissioni, ecc., e in generale gli altri incarichi consentiti ai magistrati ordinari: art. 28; v. pure l'art. 16 ord. giudiziario, il cui comma 2 è stato sostituito dall'art. 14 l. n. 97 del 1979) e la dispensa dall'obbligo di residenza (n. 3 e 5; in materia si provvede con decreto del presidente del Consiglio di Stato), il collocamento fuori ruolo — ormai esteso ai magistrati dei TAR, ma ammesso solo con rigorosi limiti di tempo e « solo per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello Stato, ovvero presso enti ed organismi internazionali ai sensi della l. 27 luglio 1962 n. 1114 » —, regolato dall'art. 29 della nuova legge, la cui normativa è da integrare peraltro col comma 1 art. 2 l. n. 1018 del 1950 (all'uopo occorre un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri: art. 13, comma 2 n. 8 e comma 3).

Fanno eccezione alla regola della necessità di essere tradotte esse stesse in un ulteriore provvedimento (pur dovendo essere adottato a seguito di esso, quando ne sia il caso, un provvedimento conseguenziale da parte dell'organo qualificato) solo alcune delle deliberazioni del Consiglio riguardanti singoli magistrati: gli atti deliberativi di misure disciplinari (n. 2; in materia si provvede, a seguito del procedimento regolato dagli art. 33 e 34, promosso — come opportunamente la legge dispone — dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Presidente del Consiglio di Stato), i giudizi di idoneità per la nomina dei consiglieri dei TAR e dei consiglieri di Stato alle qualifiche di presidente di sezione del Consiglio di Stato o di presidente di TAR (art. 21), come pure i giudizi favorevoli occorrenti per la nomina dei consiglieri dei TAR a consigliere di Stato (art. 19) (entrambi tali giudizi sono prodromici a provvedimenti di nomina da adottare con decreto del Presidente della Repubblica), nonché tutti i provvedimenti di dispensa o sospensione dal servizio e quelli di destinazione ad altra sede o funzione (art. 24).

Solo in rari casi le funzioni del consiglio di presidenza sono meramente consultive. Ciò si verifica per la nomina (di spettanza del Consiglio dei ministri) della commissione esaminatrice per il concorso a referendario di TAR (art. 16), per la nomina del presidente del Consiglio di Stato, da adottare con decreto presidenziale previa deliberazione del Consiglio dei ministri (art. 22), per la nomina del segretario generale, di spettanza del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 4), per le assegnazioni e i trasferimenti del personale di segreteria (art. 35).

8. La *reductio ad unitatem* operata dalla legge in esame ha però altre importanti manifestazioni, oltre quella rappresentata dalla funzione unificante del consiglio di presidenza.

Come già accennato, lo *status* dei magistrati dei TAR riserva ad essi — e più precisamente ai consiglieri (qualifica alla quale si accede peraltro a ruolo aperto, così come a quella di primo referendario, in base a semplice giudizio di non demerito e secondo l'ordine di anzianità, costituendo le qualifiche stesse, unitamente a quella di referendario, un'unica dotazione organica: art. 17-18 e tab. A) — una metà dei posti di consigliere di Stato (art. 19). La nomina può aver luogo, a domanda, sempre che il magistrato abbia almeno quattro anni di ' effettivo ' servizio nella qualifica di consigliere di TAR, e ottenga il giudizio favorevole del consiglio di presidenza a maggioranza dei suoi componenti, previa proposta

di un'apposita commissione di tre membri del consiglio stesso (pure tra i quali predominano — a garanzia dell'istituto — i magistrati del Consiglio di Stato). La commissione deve basarsi sulla valutazione dell'attività giurisdizionale e dei titoli, tenendo presente altresì l'anzianità di servizio.

9. Consiglieri di Stato e consiglieri dei TAR sono poi a propria volta assumibili (art. 21), previo giudizio di idoneità del consiglio di presidenza, dopo otto anni almeno di servizio nelle « rispettive qualifiche » e nei limiti dei posti disponibili, alle « funzioni direttive » (art. 15, comma 1) cui corrispondono le qualifiche di presidente di sezione del Consiglio di Stato e di presidente di TAR (art. 14 n. 2 e 15, comma 2).

Le disposizioni della legge che si occupano dei presidenti in questione (art. 14 n. 2, art. 15, commi 1 e 2, art. 21) sono tutt'altro che perspicue (e la cosa ha la sua spiegazione storica nel noto travaglio che la normativa di questo delicato aspetto della riforma ha comportato).

L'art. 14 colloca al secondo posto (dopo il presidente del Consiglio di Stato) nella « distinzione » dei magistrati amministrativi, e accoppia sotto il medesimo n. 2, entrambe le qualifiche; l'art. 15 dispone poi che i magistrati in questione « esercitano le loro funzioni presso il Consiglio di Stato o presso i tribunali amministrativi regionali ».

La parità di livello è dunque fuori discussione. La congiunzione disgiuntiva « o » impiegata poi nell'art. 15 laddove indica l'organo (Consiglio di Stato « o » TAR) presso il quale i magistrati stessi « esercitano le loro funzioni » sembra volere indicare (anche perché, qualora si fosse voluto significare il contrario, si sarebbe potuto dire, a es., « rispettivamente », o addirittura impiegare una frase più significativa) altresì la fungibilità delle funzioni, e cioè la transitabilità dall'una all'altra di esse.

Nei medesimi sensi cospira in modo ancor più significativo il fatto che all'ufficio di vertice della magistratura amministrativa, quello di presidente del Consiglio di Stato, possono esser nominati indifferentemente i presidenti delle due categorie (ed essi soltanto) (art. 22).

Alla luce di questi rilievi vanno considerate le disposizioni — indubbiamente meno perspicue — dell'art. 21, le quali si occupano della promozione dei consiglieri di Stato e di quelli dei TAR a presidente (abrogando, tra l'altro, — ecco un'altra importante novità della legge — la disposizione dell'art. 1 t.u. Cons. St. — peraltro mai utilizzata in epoca repubblicana — che consentiva nomine « esterne » a presidente di sezione del Consiglio).

Dispone il comma 1 art. 21 che i consiglieri di Stato e quelli dei TAR possono conseguire la nomina a una delle due « qualifiche » presidenziali (nei limiti dei posti disponibili e previo giudizio di idoneità espresso dal consiglio di presidenza) « al compimento di otto anni di anzianità » (nel contesto l'impropria espressione vuole semplicemente dire che quella di otto anni è l'anzianità minima) « nelle ' rispettive ' qualifiche ».

Con queste ultime parole è stata abrogata per i futuri consiglieri di Stato provenienti dai TAR (ma la norma sarà applicata con notevole gradualità, come risulta dalle disposizioni transitorie che si leggono nei commi 4 e 5 art. 23) la regola contenuta nel comma 3 art. 17 l. n. 1034 del 1971 (e valida finora per i consiglieri di Stato provenienti dai TAR), in base alla quale l'anzianità acquisita come consigliere di TAR si aggiunge a quella successivamente acquisita nella qualifica di consigliere di Stato, sommandosi a questa.

I consiglieri di Stato e di TAR in possesso dell'anzianità prescritta sono ammessi dunque, quando sussistano vacanze nei posti presidenziali — e sempre che essi non dichiarino di rinunciare al turno di promozione (come l'ultimo comma art. 21 consente di fare, senza eccessivo danno, secondo le valutazioni di convenienza di ciascuno) —, al giudizio di idoneità da parte del consiglio di presidenza, secondo l'ordine del ruolo. Un giudizio da effettuare in conformità dei criteri direttivi predeterminati dal medesimo consiglio e che deve « in ogni caso » (e perciò non in via esclusiva) tener conto dell'attitudine all'ufficio direttivo e (stavol-

ta non come titolo di ammissione, ma come elemento di valutazione) dell'anzianità di servizio.

Dispone il comma 2 che il consiglio di presidenza provvede « sul conferimento delle funzioni e sull'assegnazione degli uffici ». Mentre la seconda delle due espressioni sembra riferirsi alle singole sedi, la prima sembra riferirsi appunto alle funzioni di presidente di sezione del Consiglio di Stato o di presidente di TAR, e sembra perciò implicare necessariamente una qualche possibilità di scelta decisionale. Altrimenti non sarebbe necessaria una pronuncia, sul punto, del consiglio di presidenza.

La lettura dei commi immediatamente successivi sembra confermare la sussistenza di una possibilità di scelta fra l'attribuzione dell'una o dell'altra funzione. Il comma 3 riserva infatti la nomina per promozione ai posti di presidente di sezione del Consiglio di Stato a coloro che abbiano « prestato servizio » per almeno due anni presso il Consiglio di Stato (parlando di servizio e non di anzianità la legge sembrerebbe riferirsi al sercizio effettivo, anche se può indurre in qualche dubbio il fatto che in altri articoli — e non pure qui — la legge parla di servizi e funzioni « effettivi »: v. gli art. 19 e 22): dunque chi non abbia al proprio attivo l'anzidetto servizio minimo (si ricordi che il Consiglio di Stato assolve anche compiti che i TAR non hanno) può essere destinato solo alla presidenza di un TAR; la disposizione però non esclude la nomina (anche) a presidente di TAR di quei consiglieri che abbiano compiuto il servizio minimo che li legittimerebbe alla promozione all'interno del Consiglio. Il comma 4 — nel quale si legge che « limitatamente al conferimento della qualifica di presidente di TAR viene computata l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di TAR » — comporta poi che quest'ultima anzianità non può essere valutata ai fini della nomina per promozione a presidente di sezione del Consiglio di Stato, ma solo ai fini della nomina per promozione a presidente di TAR; peraltro — differentemente dal comma che precede — non enuncia alcuna riserva in favore dei magistrati dei TAR della nomina per promozione a presidente di tribunale.

Alla norma appena illustrata si ricollega quella contenuta nel precedente art. 19, alla fine del n. 1, dove sta scritto che i consiglieri di TAR nominati consiglieri di Stato « conservano, *agli effetti del quarto comma dell'art. 21*, l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di TAR ». Come già detto, l'art. 21 ha abrogato (e la disposizione appena ricordata ne dà conferma) la disposizione dell'art. 17, ult. comma, l. n. 1034 del 1971, la quale prescriveva che l'anzianità acquisita come consigliere di TAR si aggiungesse a quella successivamente acquisita nella qualifica di consigliere di Stato. La disposizione dell'art. 19 ora in esame si è proposta di precisare che la nomina a consigliere di Stato non fa perdere agli ex consiglieri di TAR il diritto a che l'anzianità maturata nell'originaria qualifica sia nondimeno valutata ai fini dell'oggetto regolato dall'art. 21, comma 4, e cioè di una promozione a presidente di TAR.

A questo punto la disposizione dell'art. 19 potrebbe far sorgere il dubbio che, ai fini della nomina per promozione a presidente di TAR, si sia voluto render computabile ' la sola ' anzianità maturata nella qualifica di consigliere di TAR (e non anche quella maturata nella qualifica di consigliere di Stato), e che in tale chiave di lettura (e non in quella dianzi esposta) debba essere intesa la disposizione del comma 4 art. 21 in base alla quale per la promozione a presidente di TAR « viene computata l'anzianità maturata nella qualifica di consigliere di TAR ».

Contro una simile interpretazione si può osservare però che essa contrasta non solo con la lettera del precetto, ma anche con la mancata enunciazione, in questo, di una « riserva » del tipo di quella, già ricordata, formulata nel comma precedente. D'altro lato la riferita disposizione contenuta nell'art. 19 n. 1 ha la sua spiegazione nella intervenuta abrogazione dell'ult. comma art.17 l. n. 1034: una spiegazione ben compatibile con quell'interpretazione del comma 4 art. 21 che ho esposta.

Si aggiunga che la possibilità della promozione a entrambe le qualifiche direttive, di quei consiglieri di Stato che non provengono dai TAR, è ricavabile anche dal comma 5 art. 21, il quale si riferisce, attraverso il richiamo al comma 3 art. 50 l. n. 1034 del 1971, appunto a certi consiglieri di Stato che si trovano in tale posizione, e regola le condizioni per la nomina degli stessi « alle qualifiche direttive » (e non semplicemente a quella di presidente di sezione del Consiglio di Stato).

Neppure potrebbe validamente invocarsi, in favore dell'opposta interpretazione dell'art. 21 comma 4, il comma 8 art. 50 l. n. 186 del 1982, il quale offre agli ex consiglieri dei TAR transitati nei ruoli dei consiglieri di Stato la possibilità di rientrare, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, nei ruoli dei TAR. Per spiegare quella disposizione non è indispensabile ipotizzare una « riserva » dei posti presidenziali dei TAR, apparendo non meno ragionevole ritenere che la legge abbia voluto darsi pensiero di quegli ex consiglieri dei TAR i quali abbiano interesse a ritornare alle sedi e funzioni di origine una volta che anche ai consiglieri dei TAR si è dischiusa una prospettiva di carriera e uno *status* omogeneo con quello dei magistrati del Consiglio di Stato.

10. Occorre porsi a questo punto il problema della transitabilità dalla posseduta posizione di presidente di TAR a quella di presidente di sezione del Consiglio di Stato e viceversa, e cioè della fungibilità delle due qualifiche in testa al medesimo magistrato.

Non appare decisivo in senso contrario il fatto che le dotazioni dei rispettivi posti sono diverse (tab. A), dato il contenuto delle ricordate disposizioni degli art. 14 e 15.

Neppure può esser considerata decisiva nella medesima direzione la differenza dei requisiti per la promozione alle funzioni direttive, rincarati per quella a presidente di sezione del Consiglio di Stato dalla prescrizione di un minimo di servizio presso tale consesso. Altro è il momento della promozione, altro quello del trasferimento di magistrati già sperimentati nell'esercizio delle funzioni direttive.

In presenza dell'accoppiamento delle due qualifiche operato negli art. 14 e 15 cit. e della indifferenziata apertura a chi le ricopre dell'accesso al vertice del Consiglio di Stato, e in mancanza di univoche disposizioni preclusive, escluderei una chiusura di circolazione dei magistrati tra le due qualifiche. La quale, se dovesse sussistere, opererebbe solo in pregiudizio dei presidenti provenienti dalla carriera dei TAR, poiché, come si è visto, per quelli provenienti dal Consiglio di Stato non esistono preclusioni in ordine all'assunzione alla presidenza di un TAR.

Spetterà al consiglio di presidenza della giurisdizione amministrativa (cui l'art. 13 comma 2 n. 1, della legge riserva il governo dei trasferimenti) vagliate di volta in volta, ai fini dei trasferimenti da una funzione all'altra, la cultura, l'esperienza e le attitudini di ciascuno in correlazione col rilievo della destinazione, dopo che ciascuno si sia confrontato con le esigenze dell'ufficio presidenziale ricoperto nella sede e nelle funzioni della prima nomina ed eventualmente di quelle successive.

La fungibilità può dirsi confermata, del resto, da quella disposizione dell'art. 50 (comma 6) che ammette gli attuali presidenti di sezione del Consiglio di Stato che ne abbiano convenienza, i quali alla data di entrata in vigore della legge esercitavano o avevano in precedenza esercitato funzioni di presidente di TAR (eventualmente anche nella qualifica di consigliere di Stato) a essere (col loro consenso) destinati o mantenuti, « conservando la posizione di Stato » (di presidente di sezione del Consiglio di Stato), nella funzione. E sarebbe ingiustidicato sostenere che la presenza nella legge dell'anzidetta disposizione *ad hoc* presuppone necessariamente una interpretazione dell'art. 21, comma 4, nel senso della riserva — a regime — dei posti di presidente di TAR ai magistrati dei TAR: la stessa espressa ammissione della possibilità, per gli attuali presidenti, di esser mantenuti nel posto in atto ricoperto si spiega agevolmente con la necessità di raccordare attraverso una apposita

norma l'attuale ordine, con il nuovo, ben diverso, ordine relativo alla copertura dei posti di presidente di TAR.

11. A ogni modo, della *reductio ad unitatem* della magistratura amministrativa rappresenta indubbiamente una significativa testimonianza anche la già ricordata equiparazione delle qualifiche di presidente di sezione del Consiglio di Stato e di presidente di TAR ai fini della nomina a presiedere del Consiglio di Stato, qualifica riservata ormai (con definitiva esclusione di ogni accesso dall'esterno) ai soli magistrati amministrativi (appartengano essi al Consiglio di Stato o ai TAR) che abbiano effettivamente esercitato per almeno cinque anni funzioni direttive (art. 22).

In caso di vacanza del posto, le funzioni dell'ufficio vengono tuttavia esercitate non dal più anziano dei magistrati amministrativi con funzioni direttive, bensì dal più anziano dei presidenti di sezione del Consiglio di Stato (art. 22, comma 2). Ecco un ulteriore elemento di differenziazione tra i magistrati con funzioni direttive appartenenti al Consiglio di Stato e ai TAR.

12. La più significativa espressione della *reductio ad unitatem* della magistratura amministrativa è rappresentata però dall'unificazione degli aspetti dello stato giuridico non legati strettamente alla qualifica.

I magistrati dei TAR e del Consiglio di Stato vengono definiti allo stesso modo « magistrati amministrativi » (intitolazione degli art. 15 e 23) e appartengono a un unico ruolo (tab. A), i posti disponibili di consigliere di Stato sono riservati per metà ai primi (art. 19), gli uni e gli altri entrano a far parte dell'unico consiglio di presidenza (art. 7), sono soggetti al medesimo regime disciplinare (art. 22), possono assumere incarichi « estranei alle loro funzioni » alle medesime condizioni (e anzi addirittura in modo che sia « assicurata un'equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi »: art. 13 n. 3), sono soggetti, per quanto riguarda le incompatibilità di funzioni e i collocamenti fuori ruolo (ammessi in caso di conferimento *ab extra* di incarichi per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso amministrazioni dello Stato o enti ed organismi internazionali, e limitati a sole 20 unità complessivamente) al medesimo regime (art. 28, 29 e 31), godono delle medesime garanzie (art. 13, penult. comma, e 24; art. 5 t.u. Cons. St.).

13. Altri aspetti della *reductio ad unitatem* delle varie componenti della giurisdizione amministrativa costituita dal complesso TAR-Consiglio di Stato possono esser colti nella posizione del Segretario generale — nominato (*ad tempus* e senza rinnovabilità) dietro parere del consiglio di presidenza — (art. 4), nella costituzione di un unico consiglio di amministrazione per il personale di segreteria dell'intero complesso (art. 38) — presieduto indifferentemente da un presidente di sezione del Consiglio di Stato o da un presidente di TAR, al quale si affiancano il Segretario generale del Consiglio di Stato, nonché consiglieri di Stato e consiglieri di TAR, oltre a rappresentanti del personale —, nella costituzione di ruoli unici, con dotazioni unitarie, per ciascuna delle diverse categorie del personale di segreteria (dirigente, direttivo, di concetto, esecutivo, di dattilografia e ausiliario) (tabelle da B a F e art. 35, 48 e 49), nella costituzione di un'unica commissione di disciplina per il personale stesso (art. 39).

14. Riforme come questa sono estremamente difficili a maturare, a elaborare, e — direi quasi conseguenzialmente — a interpretare, poiché sono riforme a più mani, nelle quali i differenti interessi e le contrapposte « filosofie » introducono fatalmente elementi divaricanti che si risolvono in oscurità di lettura, quando non in antinomie.

Non solo perciò non pretendo di aver fornito un'interpretazione esatta e definitiva, ma mi sento avvolto in una matassa di incertezze, ben consapevole della disputabilità di talune

delle soluzioni prospettate.

Di una sola cosa posso dirmi certo. Che nel decennio trascorso la giustizia amministrativa — anche per via dell'apporto dei TAR, che la hanno avvicinata ai cittadini, hanno generalmente ben funzionato, hanno fatto una prima, quasi sempre felice, cernita di questioni, hanno preparato il cammino a soluzioni più moderne — ha percorso molta strada, se pur ne resta ancora da percorrere.

Se quella compiuta ha potuto esser molta nonostante le polemiche che hanno in vario modo dilacerato il corpo della magistratura in questi anni, trovando finalmente il punto di convergenza nella l. n. 186, certo se ne potrà percorrere ancor più nell'atmosfera più distesa che il nuovo corso dovrebbe generare.

A talune carenze e incertezze presenti nella legge — come ormai in ogni legge — dovrebbe sapersi far fronte con la serenità, la saggezza e la comprensione di tutti coloro che in questo fondamentale corpo dello Stato di diritto convivono da protagonisti. Un altissimo compito attende il consiglio di presidenza della magistratura amministrativa. L'augurio è che, sotto l'illuminata e temperante guida del presidente Pescatore, esso sappia affrontarlo in spirito di lungimiranza e concordia, e riesca nell'importante proposito.

Il silenzio della pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*

Pubblicato in

Diritto e Società
Padova, 1982, pp. 715-737

Studi in onore di Vezio Crisafulli
Padova, 1985, vol. II, pp. 753-771

* Relazione generale al XXVIII Convegno di Studi amministrativi tenutosi a Varenna nel 1982 sul tema «Il silenzio della pubblica Amministrazione: aspetti sostanziali e processuali»

SOMMARIO: 1. Il silenzio della pubblica Amministrazione e la legislazione del 1971 sulla giustizia amministrativa. Silenzio su ricorso, silenzio-inadempimento e silenzio con valore provvedimentale. — 2. Il silenzio su ricorso come mero silenzio-inadempimento. Gli effetti che vi si accompagnano *ex* art. 20 L. 1034/1971 ed art. 6 D.lg. 1199/1971. — 3. Gli effetti del silenzio serbato su impugnazione in sede amministrativa per ragioni di merito. — 4. Critica della sent. Cons. St., ad. plen., 4/1978. — 5. Gli altri casi di mero silenzio-inadempimento. Normale giu-

---

(*) Il presente scritto ha formato oggetto della relazione generale al XXVIII convegno di Studi amministrativi (Varenna 1982), intitolato al « Silenzio della pubblica amministrazione: aspetti sostanziali e processuali ». Esso è dedicato a Vezio Crisafulli, e sarà inserito negli studi in suo onore.

(**) Sul silenzio della pubblica Amministrazione in generale vedasi, in primo luogo, la monografia dall'omonimo titolo dedicata all'argomento da SCOCA (Giuffrè, 1971), contenente ampi riferimenti dottrinali. Sempre attuale GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 778 ss. Di particolare importanza anche la parte introduttiva dello scritto di NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi*, in *Foro it.*, 1963, IV, 49 ss.

Per la dottrina formatasi successivamente alle leggi di riforma della giustizia amministrativa del 1971, vedasi:

A) in termini generali, SANDULLI, *Manuale di dir. amministrativo*, 13ª ed., Jovene 1982, 598 ss.;

B) a) sul silenzio-inadempimento (o silenzio-rifiuto) SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubbl. Amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, con ampi riferimenti alla dottrina anteriore;

b) sul silenzio su ricorso (oltre SANDULLI, *Manuale* cit., 1082 ss. e la dottrina ivi cit. alla nota 90), specialmente ROEHRSSEN, *Notazioni sull'impugnabilità del silenzio della pubbl. amm.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, e *Nuove osservazioni sulla tutela del cittadino dinanzi al silenzio della pubbl. Amm.*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1979; CASSARINO, *Rapporti fra ricorsi amm. ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1976, II, 97 ss., 102 ss.; RIZZA, *Ricorsi amm. e ricorsi giurisdizionali (una tappa giurisprudenziale)*, in *Foro it.*, 1978, III, 369 ss.; QUARANTA e GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano 1981;

c) sul silenzio-assenso, gli atti della tavola rotonda sugli effetti sostanziali del silenzio-assenso nella legislazione urbanistica, tenutasi in Roma il 15.12.1981, con la partecipazione di Benvenuti, Caianiello, Gargiulo, Predieri, Sandulli, Satta, Torregrossa (Italedi 1982), gli atti del convegno di Perugia del 21-22 maggio 1982 sulle innovazioni urbanistiche nell'ultima legge Nicolazzi (pubblicati dall'Ist. Chora 1982), e in particolare la relazione SANDULLI, *Il sienzio-accoglimento nella legge Nicolazzi* (pubbl. anche in *Riv. giur. edil.*, 1982, II, 53 ss.) nonché il commento di PREDIERI agli artt. 7 e 8 della legge stessa, nel volume di PREDIERI e CHITI, *Casa e urbanistica nella L. 25 marzo 1982 n. 94*, Giuffrè 1982.

Vari sono i punti del presente scritto che si discostano dalle posizioni assunte dall'a. nei precedenti scritti citati.

stiziabilità del silenzio-inadempimento mediante azione giurisdizionale non di impugnazione ma dichiarativa. — 6. Il termine per il formarsi del silenzio-inadempimento secondo la giurisprudenza. — 7. Formazione del silenzio-inadempimento e giustiziabilità dello stesso. — 8. Inapplicabilità di termini di decadenza all'azione per la dichiarazione dell'illegittimità del silenzio-inadempimento. — 9. Necessità di interventi legislativi per rendere effettivamente valida la giustiziabilità del silenzio-inadempimento. — 10. Natura meramente fattuale anche del silenzio con valore provvedimentale. La moltiplicazione dei casi di silenzio-accoglimento. — 11. Ancora sulla natura fattuale della fattispecie di silenzio con valore provvedimentale. Conseguenze. — 12. Regime di giustiziabilità delle fattispecie di silenzio con valore provvedimentale: azioni giurisdizionali proponibili per farne dichiarare l'illegittimità. Poteri di autotutela dell'Amministrazione. — 13. Altri strumenti riparatori. — 14. Inconcepibilità di problemi di motivazione nelle fattispecie di silenzio con valore provvedimentale. — 15. Silenzio con valore provvedimentale e sopravvivenza della potestà dell'Amministrazione di intervenire con effettivi provvedimenti.

1. - A dieci anni e più dall'entrata in vigore delle leggi del 1971 di riforma della giustizia amministrativa, non si può non convenire dell'opportunità di una ricognizione critica del nuovo assetto che — mediato specialmente da alcuni importanti arresti emessi dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel 1978 (sentt. 2, 3, 4, 10-12) — ne è derivato — così sul piano sostanziale come sul piano processuale — per la materia del silenzio serbato dalla pubblica Amministrazione nei casi in cui essa è invece tenuta a pronunciarsi.

La L. 1034 del 1971 (istitutiva dei TAR) e il D.lg. 1199 dello stesso anno (contenente la nuova disciplina dei ricorsi amministrativi), in cui la riforma si è espressa, si occupano in verità, non altrimenti dalla preesistente normativa (art. 5 t.u.com. e prov. del 1934), soltanto del silenzio tenuto dall'Amministrazione sulle istanze (ricorsi) ordinate a ottenere provvedimenti giustiziali (v. rispettivamente l'art. 20 e l'art. 6 dei due testi legislativi), e non anche di quello tenuto nel caso di ogni altra possibile istanza (ordinata a ottenere provvedimenti nelle altre materie in cui l'Amministrazione, richiestane dal privato, sia obbligata a « provvedere », nel senso di esser tenuta a « procedere » in vista dell'adozione delle proprie determinazioni, non importa se positive oppure negative) e di quello tenuto in quei casi nei quali l'Amministrazione sia obbligata a procedere d'ufficio e tuttavia il privato vanti ugualmente un interesse protetto a che essa provveda.

Anche stavolta però — non altrimenti da quanto si era verificato

sotto la legislazione precedente — la normativa riguardante il silenzio sui ricorsi (anzi, più esattamente, l'abrogazione, in essa implicita, di quella precedente) non ha mancato di ripercuotersi sul regime di quello che tradizionalmente si indica in giurisprudenza (specialmente a partire dalla importante sent. Cons. St., ad. plen., 8/1960) con la denominazione di silenzio-rifiuto. Figura che comprende tutte le ipotesi — salvo quelle che traggono origine da un ricorso —, nelle quali l'Amministrazione si astenga dal pronunciare, senza che l'ordinamento attribuisca un valore legale tipico (negativo o positivo) alla sua inerzia, sicché questa non può assumere per il diritto alcun altro significato e valore che non sia quello di inadempimento del dovere di provvedere. Dovere il quale, peraltro, in quei casi nei quali l'Amministrazione sia precisamente vincolata dalla legge all'adozione di un provvedimento di uno specifico contenuto, comporterà anche quello di adottare un provvedimento di tale contenuto [1] (senza che per ciò solo il silenzio assuma il carattere di comportamento a valore legale tipico di diniego).

In realtà in tutti i casi nei quali l'Amministrazione, tenuta a provvedere (o, se si preferisce, a procedere), manchi di farlo, essa incorre nell'inadempimento di un dovere. Però — a parte quanto si dirà per i casi relativi ai ricorsi (in ordine ai quali la non coincidenza dei testi dell'art. 20 L. 1034 e dell'art. 6 D.lg. 1199 suscita particolari problemi esegetici) — nei casi diversi da quelli ai quali si è accennato, e cioè da quelli in cui il silenzio non assume altro valore oltre quello dell'inadempimento, all'inadempimento si accompagna quel particolare effetto legale tipico, che di volta in volta il legislatore attribuisce al silenzio conferendo, per *fictio juris*, ad esso un valore « provvedimentale » (cioè un valore equivalente a quello di un provvedimento sfavorevole oppure, rispettivamente, favorevole ai soggetti interessati).

2. - Sebbene l'ordine sistematico comporterebbe che ci si occupasse in primo luogo dei casi nei quali il silenzio viene considerato dall'ordinamento nient'altro che come un inadempimento, senza attribuirgli altro valore e altre conseguenze, converrà occuparsi prioritariamente del silen-

[1] Cfr. Cons. St., ad. plen., sentt. 10, 11 e 12 del 1978.

zio su ricorso, poiché è a questo soltanto che le leggi dedicano una normativa d'ordine generale.

Innovando radicalmente rispetto alla disciplina ultracentenaria, l'art. 20 L. 1034 considera ormai una facoltà e non più un onere per gli interessati la previa impugnazione in sede amministrativa degli atti amministrativi non definitivi lesivi di interessi suscettibili di tutela davanti ai giudici amministrativi. Quando poi l'interessato abbia optato per il ricorso amministrativo, tanto il citato articolo, quanto l'art. 6 D.lg. 1199, dispongono allo stesso modo che, trascorsi novanta giorni dalla presentazione senza che il ricorrente abbia avuto comunicazione (e anzi notificazione, come specifica la L. 1034) della decisione di esso, è proponibile il ricorso giurisdizionale « contro il provvedimento impugnato ». La giurisprudenza [2] ha espressamente precisato che, in caso di mancata decisione del ricorso amministrativo, il ricorso giurisdizionale può esser presentato anche prima dei novanta giorni, essendo, nel silenzio della legge, libero il ricorrente di optare per la via giurisdizionale (cui l'ordinamento riconosce carattere preferenziale: art. 20, cit., 2 co.) anche dopo aver presentato il ricorso amministrativo non ancora deciso (in caso di intervenuta decisione il cit. art. 20 esige invece che sia impugnata quest'ultima).

Oltre a comportare che la previa proposizione del ricorso amministrativo non rappresenta più un presupposto essenziale per l'impugnazione giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi non definitivi (ma non altrettanto vale per l'ammissibilità dei ricorsi straordinari), il sistema descritto comporta altresì — attraverso la prescrizione che in caso di mancato intervento della decisione del ricorso amministrativo è proponibile, da chi intenda proseguire nella tutela dei propri interessi, l'azione giurisdizionale (o il ricorso amministrativo straordinario), naturalmente entro il termine edittale (decorrente dalla scadenza del tempo entro il quale avrebbe dovuto ricevere la notificazione della decisione amministrativa) — che (diversamente da ciò che disponeva l'art. 5 del t.u.com. e prov.) il silenzio sul ricorso amministrativo non assume più, in base alla legge, il valore legale tipico di rigetto del ricorso.

Nel medesimo contesto in cui afferma che, trascorsi novanta giorni,

---

[2] Cons. St., ad. plen., sent. 2/1978.

il ricorrente ha la possibilità (e l'onere) di impugnare nelle più elevate e qualificate sedi di giustizia l'atto invano impugnato in sede amministrativa ordinaria, l'art. 6 D.lg. 1199 aggiunge, quasi a spiegazione, — ripetendo quanto stava scritto, in un contesto ben diverso, nell'art. 5 t.u.com. e prov. (mentre significativamente la ripetizione manca nell'art. 20 della L. 1034) —, che nel caso di mancata comunicazione della decisione amministrativa entro novanta giorni dalla presentazione del ricorso, questo « si intende respinto a tutti gli effetti ». Anche a voler prescindere dalla considerazione che la L. 1034 è atto del Parlamento e fu promulgata successivamente all'emanazione del decreto 1199 (e che questo fu emanato andando verisimilmente, per più versi, al di là della delega legislativa conferita oltre un anno prima al Governo con l'art. 6 L. 775/1970, in esso indicata come titolo di legittimazione) [3], va però osservato che la frase eccedentaria inserita nell'art. 6 del decreto (scritto prima, ma emanato quando già la legge era giunta al compimento del suo *iter* parlamentare contenendo l'attuale testo dell'art. 20) si rivela manifestamente, in quel contesto, come una superfetazione e una forzatura. L'immediata impugnabilità nelle ulteriori sedi, trascorsi i novanta giorni, dell'atto invano impugnato con ricorso amministrativo ordinario, è infatti un effetto che la legge ricollega immediatamente e inevitabilmente all'inutile decorso del tempo; e l'oggetto dell'impugnazione nelle ulteriori sedi non è che il medesimo atto impugnato col primo ricorso rimasto vano. Sicché il dire, in un simile quadro, che quest'ultimo « si intende respinto a tutti gli effetti », è da un lato inutile, dall'altro inesatto, posto che una finzione di rigetto del ricorso non è (né viene resa) necessaria, e neppur rilevante, ai fini della surrogatoria impugnazione in altra sede del medesimo atto che ne aveva formato oggetto. Si tratta perciò di una risonanza del passato, che non può esser considerata significativa, tanto più in quanto antinomica con un precetto legislativo cui non può esser disconosciuta una preminente valenza. Al massimo la frase può essere intesa nel senso che, decorso il termine, l'autorità adita perde la potestà di decisione.

---

[3] Per i dubbi di legittimità costituzionale affiorati in proposito v. PATRONO, *Ombre di incostituzionalità sulla legge dei ricorsi amministrativi*, in *Dir. e soc.*, 1973, 168 ss., nonché gli scritti ivi ricordati alla nota 29.

Il decorso dei novanta giorni non concreta dunque, esso stesso, se non un mero inadempimento dell'Amministrazione. All'inadempimento si accompagnano, come si dirà (e nei limiti di cui si dirà), la decadenza della potestà decisoria e l'irreversibile mancato acquisto di efficacia della eventuale pronuncia decisoria intervenuta ma non notificata entro il termine. Il decorso « in bianco » del termine non viene equiparato dalla legge a una decisione (di rigetto), sì da diventare un equipollente di questa, e non genera altro effetto, per il ricorrente, se non (limitatamente ai casi nei quali si siano verificate la decadenza o l'inoperatività anzidette) il venir meno della potestà decisoria dell'autorità adita e l'apertura del termine per l'adizione alle ulteriori istanze.

Solo questa lettura del dettato legislativo rende, oltre tutto, accettabile quella (esatta) tesi giurisprudenziale, la quale, trascorso il termine, considera decaduto il potere decisorio dell'autorità amministrativa adita anche in quei casi nei quali il procedimento preordinato alla decisione comporta l'intervento di altri organi e lo svolgimento di accertamenti e valutazioni di non poco momento ([4]). Muovere dal presupposto che il legislatore abbia voluto considerare rigettato il ricorso amministrativo anche in casi di questo genere appare veramente eccessivo.

3. - Laddove non esistano ulteriori possibili istanze — come si verifica normalmente in riferimento alle impugnazioni proposte per ragioni di merito (non importa se l'atto sia stato impugnato anche per ragioni di legittimità) — il silenzio sul ricorso non sortisce perciò alcun effetto, quando si prescinda da quelli propri dell'inadempimento. In tale ipotesi (per lo più sottovalutata, così in giurisprudenza ([5]), come in dottrina ([6])), si realizza dunque una fattispecie di silenzio-inadempimento allo stato più elementare. Inoltre non si produce al compimento del novantesimo giorno la decadenza della potestà decisoria ([7]) e neppure l'impedimento a che la decisione non ancora notificata diventi operativa: infatti in

([4]) P. es., Cons. St., VI, 19.12.1980 n. 1319. V. tuttavia l'ord. IV, 27.4.1982 n. 265 di rimessione all'adunanza plenaria.
([5]) Cons. St., ad. plen., sent. 4/1978.
([6]) CASSARINO, *op. cit.*, 98.
([7]) *Contra* Cons. St., ad. plen., sent. 4/1978 cit.

base alla volontà della legge tali effetti si ricollegano necessariamente e indissolubilmente all'apertura dell'accesso ad ulteriori istanze, che nella specie per definizione mancano.

A parte ciò, non va trascurato che non potrebbe non esser considerato irragionevole (e, per ciò solo, incostituzionale) che una normativa, la quale istituisce un ricorso amministrativo per vizi di merito, non solo escluda ogni rimedio contro la mancata evasione di una simile istanza, ma addirittura la consideri svuotata di ogni contenuto e rilevanza se non evasa (e certo non per fatto ascrivibile al ricorrente) entro novanta giorni. Trascorsi i novanta giorni il silenzio dell'autorità adita deve considerarsi perciò inadempitivo e improduttivo di qualsiasi altro effetto. Con la conseguente possibilità che venga chiesta nelle competenti sedi la dichiarazione dell'illegittimità di esso — non altrimenti dagli altri casi di silenzio-inadempimento (v. appresso) —, anche in vista del successivo ottenimento, attraverso il giudizio di ottemperanza, della nomina di un commissario giudiziale che si sostituisca all'Amministrazione nel pronunciare sul « merito » fatto oggetto di censura (art. 27 n. 4 t.u. Cons.St.) ([8]) ([9]).

([8]) V. la sent. Cons. St., ad. plen., 23/1978.

([9]) Non varrebbe invocare in senso opposto l'art. 17 della L. 10.12.1971 n. 741. Al fine di sottrarre i ricorsi amministrativi per la revisione dei prezzi nei pubblici appalti (di cui all'art. 4 D. lg. 6.12.1947 n. 1501) — i quali comportano una complessa e spesso non breve procedura — al rischio — cui la brevità dei termini comunemente li esponeva (non altrimenti da quanto si verifica negli altri casi di procedimenti a decorso complesso) — di essere stroncati sul più bello, il cit. art. 17 dispone che (in luogo di quanto dispongono il D. lg. 1199 e la L. 1034 del 1971), trascorsi senza esito novanta giorni dalla presentazione del ricorso amministrativo, chi lo abbia proposto può, nei successivi 60 giorni, « dichiarare all'autorità adita di volersi avvalere della facoltà di attendere l'emissione del parere » dell'apposita Commissione « prima dell'eventuale adizione del giudice amministrativo ». È vero che la disposizione giova al ricorrente (anche) contro il pericolo di perdere — a voler accogliere la ricordata interpretazione giurisprudenziale — ogni possibilità di una pronuncia di merito a lui favorevole. Ma sarebbe ingiustificato sostenere che essa abbia questa sola funzione, e che dunque, fuori dell'ipotesi considerata dall'art. 17, una volta trascorsi senza esito i fatali 90 giorni, chi abbia ricorso (solo o anche) per motivi di merito perderebbe ogni possibilità e speranza di ottenere una pronuncia su tali motivi. La ricordata disposizione assolve infatti una funzione più estesa e varia, destinata a consentire che a tutti i motivi — così di merito come di legittimità — del ricorso sia offerta la possibilità di essere esaminati in sede tecnico-giuridica entro uno spazio di tempo più congruo dei fatali 90 giorni, e che, trascorsi questi, il ricorrente possa ancora esigere che il procedimento amministrativo abbia il suo corso. Essa non autorizza dunque a concludere nel senso che il legislatore abbia fatto propria la tesi giurisprudenziale secondo la quale, in mancanza di una norma siffatta, il ricorrente avrebbe perduto ogni possibilità di ottenere soddisfazione anche nel « merito ».

4. - Se le considerazioni fin qui esposte sono esatte, ne discende, non soltanto sotto quest'ultimo profilo, ma anche sotto altri, l'inaccettabilità di alcune delle conclusioni cui è pervenuta la (pur finemente elaborata) sentenza 4/1978 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Non può accettarsi infatti la tesi secondo cui il silenzio serbato per novanta giorni sul ricorso amministrativo ordinario concreterebbe « un modo (sia pure tacito) di provvedere » (« una vera e propria decisione di rigetto »), e sarebbe esso (e non l'atto primamente impugnato in sede amministrativa) l'oggetto delle ulteriori impugnazioni in sede giurisdizionale o di ricorso straordinario (nella stessa giurisprudenza successiva non si è mancato di rilevare che « il ricorso contro il silenzio-rigetto » è un « istituto non più vigente » ([10])).

Conseguentemente non può condividersi l'affermazione che l'eventuale pronuncia esplicita successiva al novantesimo giorno costituirebbe un *bis in idem.* Trascorso quel termine, l'autorità amministrativa primamente adita decade — come si è già detto — dalla potestà decisoria, e l'eventuale decisione già emessa ma non ancora notificata (alla quale la legge conferisce carattere ricettizio, considerando la notificazione come condizione della sua efficacia) diventa definitivamente insuscettibile di acquistare operatività. È questa ragione (non il divieto del *bis in idem*) a far escludere l'operatività delle decisioni pronunciate prima ma notificate successivamente — indipendentemente dal carattere di reiezione o di accoglimento del contenuto di esse —, e a fare venir meno la regola — che la pronuncia n. 8/1960 dell'adunanza plenaria aveva letto nella precedente normativa — della appartenenza all'autorità amministrativa della potestà di emettere il provvedimento decisorio anche dopo il formarsi del silenzio-rigetto ([11]).

Poiché le decisioni pronunciate prima del decorso dei novanta giorni ma non notificate entro detto termine perdono irrecuperabilmente la possibilità di acquistare efficacia, i soggetti interessati non hanno l'onere di impugnarle; essi potrebbero invece impugnare (e ne avrebbero l'onere) gli eventuali atti attraverso i quali l'Amministrazione pretendesse

([10]) Cons. St., IV, 3.4.1979 n. 239.

([11]) Nel senso della sussistenza della potestà decisoria di accoglimento anche a termine decorso v. però tuttora, p. es., Cons. St., VI, 30.10.1981 n. 592; 18.12.1981 n. 101; 16.4.1982 n. 218.

di applicarle o di portarle a esecuzione nonostante la loro mancanza di esecutività.

Diversamente, le decisioni pronunciate addirittura dopo il decorso del termine, sebbene poste in essere quando ormai l'autorità non dispone più del potere di emetterle, sono da considerare, in base ai principi generali, atti amministrativi che, per quanto illegittimi, sono tuttavia produttivi di effetti ed esecutivi quando (come esige il loro carattere ricettizio) siano state notificate. Per ottenere che esse non esplichino i loro effetti, i soggetti interessati avranno quindi l'onere (in ciò è da condividere la tesi enunciata nella sent. 4/1978) di impugnarle, al fine di ottenerne la dichiarazione di illegittimità e dunque l'annullamento.

5. - Le cose dette — il fatto cioè che l'inerzia dell'autorità investita di un ricorso amministrativo ordinario non realizza ormai più una fattispecie di silenzio-rigetto (e non la realizza, per ragioni diverse, né nel caso che il ricorso sia — solo o anche — di merito, né nel caso che sia di sola legittimità), e invece si risolve in un semplice inadempimento e nei contemporanei riflessi giuridici (operanti su un piano diverso) riguardanti le ulteriori vie giustiziali a disposizione dei ricorrenti per fare affermare l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione — comportano che nelle ipotesi considerate non si produce una fattispecie con valore legale tipizzato, del tipo di quelle del silenzio-diniego e del silenzio-accoglimento di cui appresso si dirà. Le fattispecie con valore legale tipizzato non sussistono infatti, se non in quei casi nei quali è la legge ad attribuire al silenzio, *ex auctoritate sua* — e dunque in virtù di una *fictio juris* — (cosa che non si verifica nelle ipotesi considerate), un particolare valore provvedimentale. Nei rimanenti casi — nei quali nessun valore provvedimentale la legge attribuisce specificamente al silenzio (e dunque anche in quelli considerati) —, il silenzio non è né *sì*, né *no*, né alcunché di intermedio: non è che *nicht tun*, inattività, astensione dal provvedere. Lungi dal diventare « significativo » (cosa che, tanto nei rapporti di diritto comune, quanto in quelli di diritto pubblico, potrebbe avvenire solo in virtù di una univoca *voluntas legis*), esso rimane un episodio neutro, anodino, giuridicamente irrilevante se non — e sempre che sussista per l'Amministrazione un dovere di « provvedere » (e cioè di « procedere » in vista di una determinazione non

importa se positiva o negativa che in presenza di certi presupposti essa sia tenuta ad assumere) — per il fatto di costituire un inadempimento dell'anzidetto dovere.

Sono fattispecie di mero inadempimento nel senso appena indicato, oltre (ormai) quella del silenzio sul ricorso amministrativo ordinario (proposto per ragioni di sola legittimità, o di solo merito, o di legittimità e di merito insieme), tutte quelle altre nelle quali l'Amministrazione, tenuta a « provvedere » ad iniziativa di parte (e cioè su un'istanza che sia doveroso prendere in considerazione) oppure d'ufficio (e cioè, senza bisogno di sollecitazioni interessate, al verificarsi di certe particolari situazioni: p.es., al maturare di certe anzianità certi dipendenti pubblici debbono esser presi in esame per l'avanzamento; al verificarsi di variazioni dei costi il CIP deve procedere all'adeguamento dei prezzi amministrati), omette di adottare le doverose determinazioni (le quali al limite — e cioè nei casi in cui l'Amministrazione non disponga di alcune discrezionalità — potrebbero pure essere « dovute » anche nel contenuto).

Anche in tutti questi casi (e persino nei casi di inottemperanza al dovere di porre in essere atti dovuti) si è in presenza di un mero silenzio-inadempimento ([12]). Un silenzio che, non assumendo valore provvedimentale (appunto perché nessuna legge glie lo conferisce e l'inerzia è, per sé sola, priva di significato), non è suscettibile di formare oggetto di un giudizio di impugnazione, ma che, concretando nondimeno la violazione di un dovere cui si accompagna (laddove esso sia imposto anche in considerazione di interessi degli amministrati) la lesione di interessi altrui giuridicamente qualificati, deve pur sempre essere giustiziabile ai sensi degli artt. 24 e 103 Cost.; e lo è, attualmente, anche davanti al giudice amministrativo, nella forma dell'azione dichiarativa in vista dell'affermazione autoritativa dell'effettiva sussistenza del dovere dell'Amministrazione renitente di uscire dallo stato di astensione, e dell'eventuale successiva azione di ottemperanza ordinata a conseguire che l'affermazione stessa sia portata a effetto.

In questi sensi si sono orientate, in modo che può considerarsi defi-

---

([12]) Sulla genesi di questo concetto, risalente a SCOCA, v. il volume dello stesso, *Il silenzio*, cit., nota 55 a p. 47.

nitivo, così la dottrina ([13]), come la giurisprudenza (la quale, nei casi in esame, non « annulla » più il silenzio, ma si limita a dichiararne l'illegittimità ([14])).

6. - In riferimento ai casi in discussione, una volta implicitamente abrogato, in virtù delle leggi di riforma del 1971, l'art. 5 t.u.com. e prov., la giurisprudenza ha considerato liberato anche l'*iter* procedimentale per la formazione del silenzio-inadempimento dai termini — certo sovrabbondanti — indicati da quell'articolo in riferimento al silenzio sui ricorsi; ed, esclusa — col sostegno della dottrina ([15]) — l'applicabilità alle fattispecie interessate della normativa procedimentale dettata nel 1971 per i casi di silenzio su ricorso ([16]), considera congrui e ritiene utilizzabili (anche se stabiliti ad altri fini) i termini indicati nell'art. 25 t.u. 3/1957 sugli impiegati civili dello Stato ([17]). In base al cit. art. 25 l'azione può esser promossa una volta che siano trascorsi trenta giorni da una diffida notificata all'Amministrazione successivamente al decorso di almeno sessanta giorni (o di quell'altro termine che la legge indichi specificamente nei singoli casi) da quando — in conseguenza di un'istanza o del diverso realizzarsi di una situazione obbligante — sia sorto per l'Amministrazione il dovere di emettere una pronuncia.

7. - In tutti i casi fin qui considerati — e così pure in quelli, piuttosto rari, nei quali il silenzio-inadempimento si forma, senza bisogno di diffida, in conseguenza del semplice trascorrere di un certo lasso di tempo dalla presentazione di un'istanza (come si verifica per le domande

---

([13]) SANDULLI, *Manuale*, cit., 1225.

([14]) Cfr. Cons. St., ad. plen., sentt. 10, 11 e 12 del 1978; ma v. già la giurisprudenza ricordata da NIGRO, *op. cit.*, 50, nota 4. Nel senso che nei casi di silenzio-rifiuto il giudice amministrativo deve semplicemente pronunciarsi sull'illegittimità dell'inosservanza del dovere di provvedere, e non anche sull'illegittimità del rifiuto di provvedere in senso favorevole all'interessato, v., nella giurisprudenza recente, oltre alle ricordate sentenze del 1978 dell'adunanza plenaria, altresì, p. es., Cons. St., V, 3.2.1978 n. 156, 17.3.1978 n. 328 e 2.4.1982 n. 265; VI, 26.2.1982 n. 100. Sul progressivo orientarsi della giurisprudenza in tali sensi, v. SCOCA, *op. cit.*, nota 54 a p. 46.

([15]) SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento*, cit.

([16]) Cons. St., ad. plen., sentt. 10, 11 e 12 del 1978 citt.

([17]) In tali sensi già SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano 1963, 89, e, ancor prima, le precedenti edizioni del *Manuale*, cit.

di permessi di costruire, ai sensi dell'art. 10 L. 765 del 1967 ([18])) — nessun dubbio può sussistere circa la natura puramente fattuale del silenzio. Gli effetti procedimentali nei confronti dei soggetti interessati (che si risolvono nella semplice disclusione della possibilità di adire le ulteriori istanze giustiziali) si ricollegano al solo verificarsi della fattispecie di inerzia inadempitiva, senza che assuma la benché minima rilevanza la (eventualmente concorrente) effettiva volontà dell'Amministrazione di non adempiere al dovere giuridico di emettere la pronuncia. Il silenzio si qualifica sicuramente nei casi stessi come un mero fatto giuridico.

A tale fatto si ricollegano, a seconda delle diverse ipotesi, differenti conseguenze procedimentali (non mi occuperò in questa sede delle conseguenze inerenti alla responsabilità civile degli amministratori e alla ipotizzabile responsabilità civile dell'Amministrazione).

Nell'ipotesi dei ricorsi amministrativi (eventualmente anche di merito) l'esito dei quali è suscettibile di essere impugnato in sede giurisdizionale o di ricorso amministrativo straordinario, la conseguenza del silenzio serbato per novanta giorni (art. 9 D.lg. 1199 e art. 20 L. 1034 del 1971) è costituita dalla immediata proponibilità degli appena accennati rimedi direttamente contro l'atto invano impugnato col ricorso amministrativo ordinario. Nell'ipotesi di ricorsi amministrativi contro l'esito dei cui motivi di merito l'interessato non disponga di ulteriori istanze, egli potrà, trascorsi senza esito i soliti novanta giorni accordati dalla legge per la decisione dei ricorsi amministrativi, notificare una diffida allo scopo di far dichiarare dal giudice amministrativo della legittimità, in caso di mancato risultato entro i soliti trenta giorni, l'illegittimità dell'omissione di pronuncia sulle dedotte censure di merito, ed eventualmente percorrere successivamente, in caso di ulteriore renitenza amministrativa, la via del giudizio di ottemperanza. In tutte le altre ipotesi di mero silenzio-inadempimento (e dunque in tutte le rimanenti ipotesi di silenzio cui l'ordinamento non conferisca un valore legale tipico), l'interessato potrà percorrere, come si è visto, un analogo cammino a partire dalla diffida, quando sia maturato il termine di volta in volta assegnato all'Amministrazione per provvedere (termine che, nel silenzio della legge, deve essere di almeno sessanta giorni).

([18]) V., p. es., Cons. St., V, 2.4.1982 n. 265.

8. - Nonostante non rari dissensi di qualche TAR ([19]), la giurisprudenza più autorevole rimane ancorata al concetto che, trascorsi dalla diffida i trenta giorni, da tale data decorre il comune termine di decadenza per la proposizione dell'azione giurisdizionale amministrativa ordinata a fare affermare l'illegittimità del silenzio-inadempimento ([20]). Ritengo di dovere confermare l'opinione, più volte enunciata ([21]), che in materia il termine di trenta giorni dalla diffida non possa avere che carattere dilatorio (un carattere cioè corrispondente a quello del termine di trenta giorni dalla diffida alla esecuzione dei giudicati, previsto dall'art. 90 reg. proc. Cons. St., prima del cui compimento non può promuoversi il giudizio di ottemperanza, e corrispondente pure al carattere del termine di trenta giorni dalla diffida prevista dall'art. 25 t.u. sullo stato degli impiegati civili dello Stato, al quale il termine in discussione si riallaccia).

L'azione giustiziale di cui ci andiamo occupando ha per obbiettivo non la caducazione di un provvedimento (che non c'è), bensì la semplice affermazione dell'esistenza di un dovere di provvedere e dell'illegittimità dell'inosservanza di esso: un dovere all'inosservanza del quale non si accompagna alcun comportamento autoritativo, che — anche per riconoscimento della giurisprudenza ([22]) — non viene meno col trascorrere del termine (e non soltanto nei casi nei quali l'adempimento non deve essere necessariamente sollecitato dagli interessati), e che appare assolutamente irragionevole e anzi inspiegabile e vessatorio (e perciò incostituzionale) che non possa esser fatto affermare (attraverso un'azione alla quale ormai tutti riconoscono carattere dichiarativo) se non entro un ristretto termine di decadenza.

L'inadempimento di siffatti doveri si rinnova *de die in diem*, e, diversamente dal provvedimento, è perciò un fatto ogni giorno nuovo e diverso (quello del giorno successivo non potrebbe esser considerato meramente « confermativo » di quello del giorno precedente).

([19]) Da ultimo TAR Lombardia, s. Brescia, 23.1.1981 n. 285, pubbl. in *Le Regioni*, 1982, 446, con annotazione di GITTARDI, dove v. indicazioni di precedenti.

([20]) Cons. St., sentt. ad. plen., 10, 11 e 12 del 1978 citt.; V, 16.11.1979 n. 691.

([21]) *Osservazione*, in *Giur. it.*, 1970, III, 97 s.; *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento*, cit., 192 ss.; *Manuale*, cit., 604 s.

([22]) P. es. Cons. St., sentt. ad. plen., 10, 11 e 12 del 1978; VI, 9.2.1979 n. 71; V, 16.1.1981 n. 6.

Persistendo il dovere di pronuncia (*ex officio* o su domanda), nulla precluderebbe, del resto, di rinnovare la diffida a provvedere, e di promuovere il ricorso a seguito della nuova diffida (non altrimenti da come, a chi abbia chiesto una concessione o un'autorizzazione avente un oggetto perennemente concedibile o autorizzabile e se la sia vista rifiutare, non è preclusa la possibilità di rinnovare la domanda e di ottenerne il nuovo esame). Pretendere il rinnovo di una diffida ordinata a scopi puramente dichiarativi, invece di ammettere a tempo illimitato la denuncia del silenzio-inadempimento, appare perciò, oltre tutto, una vessazione inutile.

La perentorietà del termine di decadenza per la proposizione dell'azione aveva una logica quando (come accadeva in passato) il c.d. silenzio-rifiuto veniva inteso nel senso di silenzio-diniego (assumendo perciò una valenza provvedimentale); non ne ha più oggi, che viene inteso semplicemente nel senso di silenzio-inadempimeno. La tesi che si contrasta rappresenta un residuo del passato, che non è coerente con la visione attuale della figura.

Il giudice si limita oggi a dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere ([23]), ed eventualmente, solo nei casi che l'attività amministrativa omessa sia, in tutto o in parte, vincolata, a dichiarare altresì il contenuto dell'atto vincolato da porre in essere ([24]). Per l'emanazione del provvedimento (positivo o negativo che possa essere) l'interessato deve poi confidare nella buona volontà dell'Amministrazione e, in difetto, nel giudizio di ottemperanza.

9. - In realtà, *stricto jure*, non appare possibile pretendere di più dal giudice, non potendo questo sostituirsi all'Amministrazione, e nemmeno potendosi, nel silenzio della legge, considerare come provvedimento di diniego (ciò sarebbe arbitrario) il fatto dell'omessa pronuncia dell'Amministrazione. Dai giudici amministrativi possiamo sollecitare soltanto un più rapido corso dei giudizi promossi nei confronti del mero silenzio-inadempimento (tanto più che la motivazione delle relative sentenze nella più gran parte dei casi si riduce a pochi righi).

([23]) V. la giurisprudenza cit. al n. 5, nota 14.
([24]) Cons. St., ad. plen., sentt. 10, 11 e 12 del 1978, citt.

È dalla riforma del processo amministrativo che si può e si deve esigere piuttosto, con energia, una normativa più incisiva. Prima di tutto dovrebbe essere riconosciuto che, una volta iniziato il giudizio per far dichiarare l'illegittimità del silenzio-inadempimento, il giudice non può, nei casi in cui sopravvenga un formale provvedimento di diniego, limitarsi (come ora fa [25]) a dichiarare la cessazione della materia del contendere, ma deve conoscere della legittimità del diniego nel medesimo giudizio. Altrettanto dicasi in riferimento a quegli altri casi nei quali nel corso del giudizio venga adottato un provvedimento amministrativo considerato non satisfattorio dal ricorrente. Nei rimanenti casi di giudizio contro il silenzio-inadempimento dovrebbe poi esser consentito al giudice di assegnare all'Amministrazione, nel corso del medesimo giudizio, un breve termine per provvedere, autorizzando il ricorrente a far valere, sempre nel corso del processo, i difetti del provvedimento in conseguenza emanato, e autorizzando il giudice a sostituirsi direttamente, o a mezzo di un proprio commissario, nel prosieguo ulteriore del processo, all'Amministrazione renitente all'ordine ricevuto.

Qualora infine il legislatore dovesse continuare a rimanere egli stesso silenzioso, allora non rimarrebbe che confidare in quella energia pretoria della quale il Consiglio di Stato ha saputo fornire, anche di recente, assai significative dimostrazioni.

Così come attualmente funziona il giudizio nei casi di silenzio-inadempimento è un ferro rugginoso che non onora la giustizia. Tanto più quando il silenzio venga serbato nel campo di quei cosiddetti diritti in attesa di espansione che sono costituzionalmente rilevanti (si pensi ai casi di mancata evasione di un'istanza di ricovero in ospedale, di un'istanza di rilascio di autorizzazione all'espatrio, di un'istanza di iscrizione in un albo professionale, di una richiesta di adeguamento di prezzi amministrati, di un nulla-osta alla proiezione di pellicole cinematografiche, di un permesso di abitabilità, ecc.). Non si dovrebbe mai dimenticare che un diritto non tutelabile, o malamente tutelato, attraverso il processo è come se non esistesse o fosse dimidiato. Sono molto significative, in proposito, quelle sentenze della Corte costituzionale che hanno affermato l'essenzialità delle misure cautelari nel giudizio amministra-

---

[25] Sul punto v. i rilievi critici di Scoca, *op. cit.*, 290 ss.

tivo ([26]). Richiamandosi al pensiero di Chiovenda, toccanti pagine sono state scritte di recente, in materia, da Proto-Pisani ([27]).

10. - Occorre portare infine l'attenzione sui casi nei quali, per scelta politica, la legge attribuisce, attraverso una *fictio juris*, al silenzio dell'Amministrazione un valore legale tipizzato, equiparandone generalmente gli effetti a quelli di un provvedimento (ora positivo, ora negativo). Poiché questa stessa attribuzione ha luogo prescindendo assolutamente dalla effettiva volontà dell'Amministrazione (troppe volte distratta e incurante, e spesso non attrezzata), anche in tali casi non siamo in presenza di provvedimenti (voluti in forma tacita), bensì di meri fatti giuridici. Fatti però stavolta non neutri, ma, per volontà di legge, specificamente significativi, di volta in volta, di un diniego o di un assenso alla richiesta formulata dall'amministrato.

Non è il caso di dilungarsi in questa sede in una elencazione di esempi: mi limiterò a rinviare a quelli che altre volte ho avuto occasione di elencare ([28]). Qui sarà sufficiente richiamare — anche per l'attualità dell'argomento — l'attenzione sul fatto che la serie dei casi di silenzio-accoglimento di istanze si è venuta allungando notevolmente in questi ultimi tempi: basterà ricordare, tra gli episodi più recenti, l'art. 19 della legge sulla depenalizzazione (L. 24.11.1981 n. 689), in base al quale « si intende accolta », se non rigettata entro dieci giorni dalla proposizione, l'opposizione presentata all'autorità amministrativa che abbia disposto il sequestro di oggetti suscettibili di confisca in conseguenza di illeciti amministrativi, nonché gli artt. 7 e 8 della c.d. legge Nicolazzi (L. 25.3.1982 n. 94) che hanno reintrodotto nel campo dell'attività edilizia l'istituto del silenzio permissivo, già presente — su più larga scala — nella normativa comunale anteriore alla legge urbanistica del 1942, e allora assai lento a morire ([29]).

In una società democratica e legalitaria al silenzio-assenso non può non essere assicurato un più largo respiro in quei settori nei quali si

([26]) Sentt. 284/1974 e 227/1975.
([27]) *Appunti di giustizia civile*, Jovene 1981, 5, 11 ss.
([28]) Da ultimo, *Manuale*, cit., 598 ss.
([29]) V. al riguardo SANDULLI, *Il silenzio-accoglimento*, cit., n. 6.

tratti di dare la naturale espansione a posizioni soggettive considerate e garantite dalla Costituzione. Ciò allo scopo di evitare che le posizioni stesse rimangano sacrificate dal ritardo delle risposte dell'Amministrazione, il quale troppo spesso produce, in materia, ferite non meno gravi delle risposte negative. L'importante è non gettar via con l'acqua anche il bambino, epperciò non largheggiare al di là del necessario e adoperare cautele idonee ad evitare che l'interesse pubblico risulti pregiudicato da accondiscendenze incontrollate, specialmente nei settori dove più gravi si presentano i pregiudizi cui esso può essere esposto.

11. - Un aspetto saliente nella materia del silenzio significativo è rappresentato dal fatto che le fattispecie concrete non possono operare se non entro gli stretti limiti canonizzati per la fattispecie legale.

In proposito è assai importante tener presente che, mentre nel campo degli atti giuridici, oltre all'alternativa esistenza-inesistenza, nel concreto, di una fattispecie puntualmente corrispondente a quella legale, opera l'alternativa validità-invalidità — onde (e in particolar modo nel settore del diritto amministrativo) anche un atto che si discosti dalla fattispecie legale dell'atto valido (senza peraltro incorrere in difetti che ne compromettano l'esistenza giuridica) è in grado di produrre, finché non venga caducato per via della sua illegittimità, gli effetti propri di quella fattispecie —, nel campo dei meri fatti opera unicamente l'alternativa esistenza-inesistenza della fattispecie: sicché può essere produttiva degli effetti indicati dalla legge soltanto una fattispecie che corrisponda in tutti e in ognuno dei suoi particolari al modello legale (a es., la notificazione che si discosti anche di poco dalle prescrizioni legislative è *tamquam non esset*; allo stesso modo solo la pubblicazione effettuata puntualmente in conformità della legge è in grado di produrre l'effetto di presunzione di conoscenza degli atti normativi, o, in campo processuale, la decorrenza del termine lungo per l'impugnazione delle sentenze) ([30]).

Le cose appena dette, se accompagnate dalla cautela del legislatore, riducono l'area di rischiosità del silenzio significativo. Esse comportano infatti che le fattispecie del silenzio-rifiuto e del silenzio-assenso ipotiz-

([30]) SANDULLI, *Considerazioni in materia di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto*, 1941.

zate dalla legge non possono considerarsi realizzate se non quando sussistano effettivamente *tutte* le condizioni indicate dalla legge per il formarsi di esse. P. es., il silenzio-assenso di cui all'art. 8 della legge Nicolazzi si perfeziona solo nei casi di silenzio serbato su una domanda di concessione edilizia esattamente conforme agli strumenti urbanistici in vigore: nei casi di domande che si discostino sia pure di poco dagli strumenti stessi, la fattispecie non si forma affatto, e l'attività costruttiva è da considerare assolutamente illecita ([31]).

Non sempre però il legislatore si arma di tanta cautela. Esistono anche fattispecie legali nelle quali l'assenso vien fatto formare sul semplice presupposto del silenzio dell'Amministrazione, senza condizionarlo alla sussistenza degli elementi sostanziali richiesti dalla legge per la legittimità del provvedimento formale. In simili casi (dei quali può essere indicato come esempio particolarmente significativo, data l'intrinseca rischiosità del settore, l'art. 4 L. 31.12.1962 n. 1860, riguardante l'autorizzazione al commercio di minerali e materie radioattive) sarà indispensabile la massima diligenza da parte degli operatori amministrativi.

12. - Giunti a questo punto occorre ricordare ancora che l'equiparazione del silenzio, ai fini dei suoi effetti, a un atto provvedimentale, sì da renderlo equipollente a questo, non vale (e non può, per impossibilità naturale prima ancora che istituzionale, valere) a fare del silenzio un provvedimento. Il silenzio è e rimane un semplice fatto, nonostante l'equipollenza statuita dalla legge. Gli effetti saranno gli stessi del provvedimento; non così tutto il resto.

Ciò incide, tra l'altro, sul regime giustiziale, come pure su quello degli interventi ufficiosi di autotutela.

Non altrimenti da quanto si verifica nei confronti del silenzio-inadempimento, non appaiono concepibili né ipotizzabili un'impugnazione e un annullamento della fattispecie silenziosa fornita di valore legale tipizzato. Nondimeno è rispettivamente possibile (e anzi istituzionale ai sensi degli artt. 24 e 103 Cost.) che i soggetti i quali dalla fattispecie si sentano lesi in una propria posizione soggettiva giuridicamente pro-

([31]) Per ulteriori precisazioni, SANDULLI, *Il silenzio-accoglimento*, cit.

tetta (e dunque, in prima linea, colui che, in conseguenza dell'inerzia amministrativa, abbia visto formarsi sulla sua istanza il silenzio-diniego, col conseguente prodursi di una situazione a lui sfavorevole, mentre, secondo diritto, diverso avrebbe dovuto essere l'assetto del rapporto, e coloro che, analogamente, si siano visti lesi in conseguenza del formarsi in favore di altri di una fattispecie di silenzio-assenso) agiscano in sede giustiziale, e in particolare davanti al giudice amministrativo, quando — come più frequentemente accade — si versi in materia di interessi legittimi o di giurisdizione amministrativa esclusiva, per ottenere il riconoscimento e l'affermazione dell'insussistenza delle condizioni per il formarsi della fattispecie lesiva e dell'assetto da essa determinato.

La pronuncia giustiziale che interverrà non potrà essere, in simili casi, naturalmente, di annullamento — non sussistendo (data l'inerenza, per definizione, dell'annullabilità ai soli atti) la possibilità di annullare un mero fatto —, e sarà semplicemente dichiarativa: essa si limiterà ad accertare (naturalmente con efficacia *ex tunc* e senza termini di decadenza) l'illegittimità (non di un preteso atto implicito, bensì) della situazione giuridica prodottasi per via del silenzio, in funzione della successiva eliminazione (a opera dell'Amministrazione o a seguito di giudizio di ottemperanza) della situazione stessa. Ma ciò non altera il quadro. Infatti le posizioni giuridiche di diritto amministrativo protette dall'ordinamento in sede giustiziale a opera delle auorità amministrative o dei giudici amministrativi non postulano necessariamente l'impugnazione di un provvedimento e possono esser tutelate (come è stato definitivamente acquisito alla giurisprudenza da oltre un quarantennio) ([32]) anche a mezzo di azioni dichiarative e (ora, in virtù della L. 1034/1971) di condanna.

Allo stesso modo è da ammettere che, constatato il contrasto con l'ordinamento, dell'assetto determinatosi, le autorità amministrative dotate di potestà di autotutela nel settore intervengano d'ufficio, sempre che concorrano ragioni di interesse pubblico, a rimuovere l'assetto stesso, per il tramite di un provvedimento (non di annullamento, ma pur sempre) previamente dichiarativo dell'illegittimità del medesimo.

([32]) V. la sent. Cons. St., ad. plen., 18.12.1940 n. 21 sui cosiddetti atti paritetici, e al riguardo lo scritto di FAGIOLARI, negli *Scritti in on. di S. Romano*, Cedam 1940.

13. - Diversa è invece, ovviamente, l'ipotesi in cui, a malgrado degli eventuali erronei convincimenti delle parti in senso opposto, la fattispecie legale del silenzio significativo non si sia in realtà concretata per via del mancato puntuale verificarsi, nel caso, di tutte le condizioni volute dalla legge. In simili ipotesi non occorre (come del resto risulta implicito nelle cose già dette) alcun intervento dell'autorità e alcuna azione degli interessati perché gli effetti di fatto verificatisi siano eliminati: questi infatti non sono in grado neppur di nascere, e non occorre perciò una pronuncia per eliminarli. Se e quando la fattispecie non si sia puntualmente realizzata, l'inesistenza di essa e la mancata insorgenza degli effetti di essa potranno esser fatte valere in ogni sede e in qualunque tempo, salve le prescrizioni eventualmente prodottesi.

Nell'eventualità poi che l'autorità amministrativa, ritenendo inesattamente prodotta una fattispecie corrispondente a quella legale, assuma la fattispecie reale a presupposto di propri provvedimenti che postulino quella fattispecie legale, come pure nell'eventualià che l'autorità non faccia luogo a quegli interventi di propria spettanza, che occorrerebbero al fine di eliminare gli stati di fatto antigiuridici concretati sull'inesatto presupposto dell'essersi realizzata la fattispecie legale invece insussistente, i soggetti giuridicamente qualificati potranno nel primo caso impugnare i provvedimenti adottati in base all'insussistente presupposto, e nel secondo caso adire (in conformità di una tesi giurisprudenziale di ormai remota formazione ([33])) il giudice amministrativo per far dichiarare l'illegittimità del silenzio-inadempimento eventualmente formatosi sulla loro richiesta all'autorità amministrativa di eliminare lo stato di fatto antigiuridico (si pensi al ricorso contro il mancato intervento del Sindaco nei confronti di un abuso edilizio commesso sul presupposto di un assunto silenzio-assenso in una fattispecie non corrispondente a quelle per cui la L. 94/1982 ammette che il silenzio produca effetti di assenso).

14. - Su un punto va ancora fermata l'attenzione. È risaputo che l'attività amministrativa che si concreta in scelte suscettibili di incidere

([33]) Cons. St., sent. V, 25.5.1956 n. 418, annotata da GUICCIARDI in *Giur. it.*, 1957, III, 21.

sfavorevolmente in materia di posizioni soggettive giuridicamente protette deve esser sostenuta da adeguata motivazione. Data l'ovvietà del rilievo, non occorre insistere poi sulla connaturalità alle fattispecie silenziose della mancanza di una motivazione. Ciò non rappresenta una deroga alle regole sulla motivazione dei provvedimenti amministrativi, ma sta invece a significare l'assoluta irrilevanza giuridica dell'aspetto motivatorio nelle fattispecie silenziose. Da tale aspetto il legislatore non può infatti non prescindere, poiché la canonizzazione di esse postula che venga considerata prevalente sull'esigenza legalitaria della esternazione dei motivi dell'attività amministrativa quella garantistica della giustiziabilità dei casi in cui, essendosi dovuto far fronte alla renitenza dell'Amministrazione con la fittizia attribuzione di un valore legale tipico all'inerzia di essa, occorre provvedere per vie meno consuete alla tutela giustiziale.

Ciò è tutt'altro che irragionevole epperciò contrario ai principi costituzionali, non assurgendo, in via di principio, la regola della motivazione dell'azione amministrativa a canone di livello costituzionale, mentre la giustiziabilità delle posizioni soggettive esistenti nei confronti dell'Amministrazione è sicuramente garantita dalla Costituzione (artt. 24, 103 e 113). Nella fattispecie a valore legale tipico del silenzio-diniego di un'autorizzazione a costruire in prossimità del demanio marittimo di cui si occupa l'art. 55 cod.nav., come in quella del silenzio-assenso prevista per certe costruzioni conformi agli strumenti urbanistici dall'art. 8 della L. 94/1982, una motivazione non v'è (e per definizione non può esservi). Il legislatore non può dare rilievo in esse all'aspetto dei moventi (che, del resto, può essere, e fuori dei casi patologici generalmente è, assente del tutto), e, data la scelta tecnica compiuta per ragione politica, è obbligato a prendere in considerazione solo il rapporto (incisione o meno, ad opera del diniego o dell'assenso, sotto il profilo sostanziale, ed anche sotto il profilo delle ragioni obbiettive ricavabili *aliunde* e dimostrabili in giudizio, di posizioni soggettive degli amministrati) e non anche l'attività (che in realtà non sussiste).

Questa è un'altra faccia della realtà consistente nel fatto che qui il giudizio ha per oggetto il rapporto e non l'attività: dove non v'è attività non può esservi giudizio sull'attività.

15. - Altro, rispetto al problema (dianzi esaminato) della possibilità

di rimuovere, in via di intervento repressivo dell'Amministrazione, un assetto illegittimo prodotto dal realizzarsi di una fattispecie di silenzio con effetto provvedimentale, è il problema se, trascorso il termine al compiersi del quale si produce il silenzio con simili effetti, l'autorità amministrativa conservi la potestà di porre in essere il provvedimento che prima della sua emanazione veniva surrogato dal silenzio.

A esso può esser data risposta positiva in tutti i casi in cui la legge equipara il silenzio al diniego ([34]). Nessun principio si oppone infatti alla possibilità che l'Amministrazione faccia, in simili casi, sottentrare in un secondo tempo un diniego espresso (meglio se legittimamente motivato) a quello implicato dal silenzio, e neppure alla possibilità che essa faccia sottentrare a quest'ultimo un legittimo provvedimento di senso positivo (non avrebbe spiegazione alcuna l'irretrattabilità del diniego, non ricollegandosi a questo la nascita di posizioni soggettive intoccabili). Neanche nel primo caso il provvedimento adottato avrà carattere confermativo, dato il valore di mero fatto (e non di atto) della fattispecie silenziosa (altra cosa dalla conferma è la non immutazione degli effetti); sicuramente esso non lo avrà se motivato. Gli effetti innovativi propri del provvedimento, sia ancora negativo, sia positivo, (i quali anche nel primo caso potrebbero non coincidere con quelli della fattispecie silenziosa), decorreranno, di regola, solo *ex nunc*, dovendo per il passato considerarsi invece operante il silenzio significativo di diniego. L'eventuale retroattività disposta nel provvedimento potrebbe operare validamente solo a condizione del rispetto dei principi generali in materia di retroattività degli atti amministrativi.

Nei casi esaminati il provvedimento sopravvenuto non è configurabile (allo stesso modo, del resto, da quanto deve dirsi per i provvedimenti di rimozione dell'assetto illegittimo instaurato di cui si è parlato in precedenza) come provvedimento di secondo grado. È vero che esso è suscettibile di innovare rispetto all'assetto determinato dal silenzio, ma (al pari dei provvedimenti cui or ora si accennava) non prende a proprio oggetto un atto giuridico; e, per definizione, solo nei confronti degli atti è configurabile un atto di secondo grado.

Nondimeno, allorquando venga ad innovare nel costituito assetto dei rapporti, è da ritenere — in conformità dei principi — che anche

---

([34]) Cfr., p. es., Cons. St., VI, 26.2.1982 n. 100.

il provvedimento di cui qui si discorre non possa essere posto in essere se non in presenza di ragioni di interesse pubblico e che esso debba dar conto delle ragioni di interesse pubblico che abbiano mosso l'autorità ad adottarlo.

Nei casi poi, nei quali la legge conferisce al silenzio gli effetti di provvedimento di accoglimento di un'istanza dell'amministrato o comunque di provvedimento favorevole (si tratterà dunque sempre di effetti incrementativi e/o migliorativi della posizione dell'amministrato), è sicuramente da escludere in via di principio la possibilità che — fuori delle ipotesi (dianzi considerate) nelle quali si tratti di fare venir meno un illegittimo assetto dei rapporti — un provvedimento diminutivo adottato tardivamente possa venire a surrogare i propri effetti all'assetto generato dal silenzio significativo, facendo venir meno, a es., un'autorizzazione o riducendone la portata, o alterandola altrimenti *in peius*. A ciò si oppone l'intangibilità in via di regola, ricollegantesi al principio di legalità, delle posizioni giuridiche legittimamente acquisite ([35]).

([35]) Ciò, naturalmente, non impedisce che esigenze di contemperamento dell'interesse pubblico con quelli degli amministrati possano consigliere all'autorità ragionevoli interventi correttivi, i quali, per le condizioni e le circostanze, non appaiano sostanzialmente lesivi degli assetti giuridico-economici esistenti. Non dovrebbe essere esclusa perciò, in via di principio, ad es., la possibilità di disporre, anche a opere già iniziate, di variare l'attintatura non ancora effettuata di una facciata, la forma di un cornicione non ancora realizzato, e consimili operazioni inerenti ad opere assentite, ai sensi della L. 94/1982, nella forma del silenzio permissivo. Ma ciò è da ammettere anche nei casi di permessi edilizi rilasciati in via provvedimentale. In sostanza si tratta di quello *jus variandi* (inerente al più vasto potere di revoca) che entro limiti ragionevoli è da ammettere in via generale fin quando l'Amministrazione non pretenda di immutare su situazioni di fatto già concretatesi.

ABSTRACT

Si esamina il regime sostanziale e processuale del silenzio della pubblica Amministrazione alla stregua della riforma della giustizia amministrativa del 1971. Si sostiene che anche il silenzio serbato sui ricorsi amministrativi ordinari ha valore non di provvedimento di rigetto ma solo di inadempimento. Si isolano dai casi di silenzio-inadempimento quelli di silenzio con effetti provvedimentali (silenzio-rifiuto e silenzio-accoglimento), riconoscibili solo nelle fattispecie in cui è la legge a conferire al silenzio un siffatto valore tipico. Si individua il regime di giustiziabilità delle diverse fattispecie di silenzio rilevante. Si esclude l'esistenza di termini di impugnazione. Si esamina il problema della sopravvenienza al silenzio di un provvedimento espresso.

L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative

Pubblicato in

Atti del Convegno celebrativo
del 150° anniversario della istituzione
del Consiglio di Stato
Milano, 1983, pp. 305-339

Sin da quando, nel 1889, il Consiglio di Stato recuperò, e vide largamente ampliata rispetto al tempo del « contenzioso amministrativo », la funzione « contenziosa » — cui solo molto più tardi fu riconosciuto incontestatamente il carattere giurisdizionale —, non è stata mai posta in discussione la forza esecutiva delle sue pronunce. La medesima forza è stata generalmente riconosciuta alle pronunce della GPA in sede contenziosa, durante l'arco della sua esistenza (1890-1966), e viene ora espressamente riconosciuta alle sentenze dei TAR dalla legge 1034/1971.

Nondimeno quello dell'esecuzione delle sentenze dei giudici amministrativi è sempre stato un serio problema, potendo l'esecuzione aver luogo soltanto in via amministrativa, non essendo dato al privato, nei casi di renitenza dell'Amministrazione, fino all'affermarsi nel 1928-1931 di una nota giurisprudenza pretoria, alcun rimedio, essendo limitata, secondo la Corte regolatrice, l'estensione all'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo (operata in virtù di tale giurisprudenza) del rimedio oggi contemplato dall'art. 27 n. 4 T.U. CdS alle sole decisioni passate in giudicato, avendo il deprecabile fenomeno dell'inottemperanza dell'Amministrazione alle statuizioni dei giudici dilagato, negli ultimi decenni, al di là dei limiti del plausibile.

Solo negli ultimi tempi la giustizia amministrativa ha cominciato a mostrarsi meno accomodante verso l'Amministrazione. Nuovi interventi pretori hanno individuato (più che battere ancora) strade a primo sguardo più efficaci in vista del conseguimento dell'ottemperanza. Anche le prospettive in tal modo dischiuse hanno contribuito però ad ampliare l'area delle incertezze, mancando, allo stato, una compiuta e sicura delineazione del nuovo corso e della portata di esso.

Se guardiamo a monte delle sentenze passate in giudicato, le incertezze sono ancora maggiori. Nessun avvocato è in grado

di rispondere oggi con sicurezza al suo assistito se e in quali modi quest'ultimo potrebbe conseguire l'esecuzione di una sentenza amministrativa — pur dichiarata espressamente « esecutiva » dalla legge — la quale non sia ancora passata in giudicato.

Non è facile perciò pronunciare parole definitive in una materia così ricca di contraddizioni. Il mio sarà solo un tentativo di sintesi dello stato della materia.

1. È ben noto che gli effetti delle sentenze amministrative variano da caso a caso.

Quelle che pronunciano un annullamento, una revoca, una modifica, eliminano dal mondo del diritto (di volta in volta *ex tunc* o *ex nunc*) l'atto amministrativo annullato o revocato o la parte di atto annullata, revocata o modificata. Quando l'atto o la parte di atto caducata abbia carattere innovativo, esse inoltre ripristinano *ex se* (di volta in volta *ex tunc* o *ex nunc*) lo stato di diritto *quo ante*. Nei rimanenti casi di sentenze caducatorie (e dunque nei casi di caducazione di determinazioni non innovative: dinieghi e simili) non può esservi alcun effetto ripristinatorio, ma solo effetti di altro tipo (frequentemente di tipo implicitamente ordinatorio).

2. Secondo una giurisprudenza che si è venuta affermando negli ultimi tempi — radicata in ragioni di ordine pragmatico e finora sfornita, a mio avviso, di un valido supporto teorico — l'annullamento (e dunque anche l'effetto ripristinatorio *ex tunc*, che largamente gli è proprio) si estenderebbe automaticamente agli atti immediatamente conseguenziali (una categoria peraltro tuttora non chiaramente delimitata). Per effetto dell'intervenuto annullamento dell'atto presupposto, tali atti (anche in mancanza di impugnazione e di pronuncia di annullamento) risulterebbero colpiti non soltanto (come si verifica per la generalità degli atti conseguenziali) da un effetto « invalidante », ma addirittura da un effetto « caducante ». La sentenza travolgerebbe cioè *ipso jure*, in una con l'atto fatto oggetto d'impugnazione, e pur senza farli oggetto di apposita statuizione caducatoria, gli atti conseguenziali in questione (1).

---

(1) Cds, a.p., 19 ottobre 1955, n. 17; 27 ottobre 1970, n. 4; 21 ottobre 1980, n. 37. In dottrina, VIRGA, *Studi Guicciardi*, 687 sgg.

È chiaro che, per chi non aderisca a tale orientamento, la estensione degli effetti caducatori e ripristinatori a siffatti atti conseguenziali non potrà essere prodotta se non da ulteriori interventi dell'Amministrazione e, occorrendo, del giudice dell'ottemperanza (senza peraltro che a tal fine occorrano nuove impugnative). Quest'ultima a me pare la soluzione più corretta, non sembrandomi condivisibile l'idea che atti non nulli, e non caducati né dal Giudice né dall'Amministrazione, vengano meno *ex se*.

Gli interventi all'uopo occorrenti, cui appena ora accennavo, trovano collocazione nel quadro generale delle misure — di cui dirò appresso — di adeguamento della realtà di fatto alla situazione di diritto affermata nella pronuncia, tanto se questa abbia carattere costitutivo (come avviene nei casi di sentenze di annullamento e in molti casi di pronunce estese al merito), quanto se abbia carattere dichiarativo oppure di condanna o (implicitamente) ordinatorio (come avviene in molti casi di pronunce emesse in sede di giurisdizione esclusiva, e in alcuni casi di pronunce dichiarative — quali quelle che dichiarano l'illegittimità del silenzio-inadempimento —, o parzialmente dichiarative — quali quelle che, mentre annullano un atto amministrativo, enunciano a un tempo a quali regole l'Amministrazione avrebbe dovuto invece attenersi, e dovrà attenersi nel rinnovare l'esercizio del potere).

3. Le sentenze amministrative sono tutte immediatamente operative. Vedremo più avanti dove risiede la fonte di questa loro caratteristica.

L'immediata operatività, e cioè l'immediata efficacia (che l'art. 33 legge 1034/1971 indica col nome di « esecutività » di esse) —, la quale può essere eventualmente sospesa, allo stato della legislazione, solo in sede di giudizio di impugnazione (ma non anche in sede di giudizio per cassazione) — comporta, per l'Amministrazione, prima di tutto il dovere di prestare immediata « osservanza » ad esse, e cioè di non porre in essere atti e comportamenti in difformità dal pronunciato di esse (atti e comportamenti contro i quali gli interessati potrebbero denunciare in giudizio il vizio di violazione di legge). Il dovere anzidetto può assumere carattere di obbligo quando la pronuncia intervenga in un campo in cui gli amministrati titolati a pre-

tendere l'osservanza vantino verso l'Amministrazione un diritto soggettivo.

L'immediata operatività delle sentenze amministrative comporta inoltre per l'Amministrazione il dovere di portarle senz'altro ad effetto (art. 88 reg. proc. CdS) (2), che è quello che la legislazione indica come dovere di « conformarsi » alla pronuncia del giudice (art. 4, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e art. 27, n. 4 T.U. CdS) e la dottrina — e ormai anche la giurisprudenza — suole indicare come dovere di « ottemperanza » (in altre formulazioni — presenti così nella normativa, come nella giurisprudenza e nella dottrina meno controllate — si parla però, più sommariamente, di « esecuzione »: art. 88 cit.).

Quest'ultimo dovere si manifesta in due modi distinti.

Fermo il concetto che il regime sostanziale e processuale di esso è uno solo ed è sempre lo stesso, va chiarito che il dovere in questione si manifesta in due forme, alle quali si addicono, per differenziarle, rispettivamente, proprio il nome di ottemperanza e quello di esecuzione. Perciò indicheremo le due formule di dovere, rispettivamente, come dovere di ottemperanza (in senso stretto) e dovere di esecuzione (in senso stretto), designando invece la più ampia figura che li comprende entrambi come dovere di adempimento (delle statuizioni della sentenza).

Delle due figure che formano oggetto di questo dovere, quella cui riserveremo il nome di « esecuzione » (in senso stretto) consiste nel tradurre in atto le statuizioni della sentenza (*jussum judicis*) che impartiscono comandi tassativi e puntuali (condanna al pagamento di una somma di danaro inflitta in sede di giurisdizione esclusiva; ordine di restituzione di un territorio al Comune contermine; ordine — esplicito o implicito — di provvedere entro un dato termine su un'istanza di doveroso esame), come pure le statuizioni che producono *ex se* la nascita di un obbligo pur esso tassativo e preciso (l'annullamento di una requisizione, a es., rende *sine titulo* la detenzione del bene e fa nascere, *ope legis*, l'obbligo di restituzione o rilascio, a meno che — come suole ritenere la Corte di cassazione — il bene sia stato destinato dall'Amministrazione a un pubblico servizio).

---

(2) Cds, comm. spec., 26 novembre 1977, n. 11/77, GCds 1979, I, 116.

Quella cui riserviamo il nome di « ottemperanza » (in senso stretto) consiste invece nel porre in essere tutti gli atti e comportamenti positivi, che l'Amministrazione adotta facendo uso di un potere di scelta, nel ventaglio delle varie soluzioni legittime, possibili per « conformarsi » a una sentenza che non contenga ordini tassativi né importi adempimenti precisi e inderogabili (ma tuttavia comporti la necessità di adeguare uno stato di fatto non legittimo, o ritenuto inappropriato dal giudice nell'esercizio della giurisdizione di merito, a ciò che il giudice stesso abbia statuito), al fine di portare doverosamente a effetto (e dunque a coerenti conseguenze) la sentenza, in seno al sistema delle situazioni e dei rapporti giuridici nel quale essa viene a calarsi.

Poiché, come vedremo, non altrimenti da quella civile, anche l'attività giurisdizionale amministrativa viene espletata esclusivamente nell'interesse delle parti in causa (3), nei casi nei quali l'Amministrazione è tenuta puramente e semplicemente ad « eseguire » — e cioè non ha possibilità di scelte —, al dovere di essa (che è un vero e proprio « obbligo ») corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo della parte vittoriosa all'esecuzione. Al dovere di « ottemperanza » dell'Amministrazione non corrisponde invece un diritto dell'amministrato, accompagnandosi sempre ad esso un potere di scelta secondo valutazioni di merito.

4. Mentre l'entità del dovere (che entro certi limiti può essere obbligo) di « osservanza » e quella dell'obbligo di « esecuzione » sono di facile comprensione, appunto per quanto si è detto non è facile definire il contenuto del dovere di « ottemperanza ». Ciò inerisce proprio al fatto che, laddove l'oggetto della pronuncia non è tale che ad essa consegua un obbligo puntuale e tassativo (e ciò è ben frequente, dato che la materia delle sentenze amministrative investe un campo in cui largo spazio è lasciato alle scelte dell'Amministrazione, ed eliminare un atto illegittimo non significa sempre bloccare le altre possibili scelte, e spesso — come nei casi di annullamento per difetto di motivazione o per eccesso di potere — neanche la scelta della

(3) P. es., Cds, V sez., 29 febbraio 1980 n. 249.

soluzione in precedenza adottata illegittimamente), l'Amministrazione dispone di un più o meno ampio ventaglio di possibilità ai fini dell'adeguamento della realtà di fatto alla situazione di diritto affermata dal giudice.

Si dà anzi il caso che, anche in presenza di statuizioni della sentenza aventi il carattere di comando tassativo, comportanti perciò un obbligo di esecuzione puntualmente determinato nel contenuto, talvolta l'Amministrazione nondimeno non possa considerarsi rigidamente condizionata in ordine all'adempimento (a es., perché l'insufficienza di disponibilità finanziarie non le consente di affrontare se non con una certa gradualità, o compiendo certe operazioni di storno di fondi e/o di ridimensionamento dei programmi, le proprie obbligazioni pecuniarie, che pure è tenuta inderogabilmente ad adempiere). Sicché anche nei casi in cui è tenuta a un obbligo di pura « esecuzione », a quest'ultimo non di rado si affianca — accessivamente, strumentalmente (e riduttivamente) — un potere-dovere discrezionale di « ottemperanza », avente ad oggetto le modalità (procedimentali, temporali, ecc.) occorrenti per pervenire all'assolvimento di quell'obbligo.

5. Occorre spendere qualche parola per sottolineare che nella distinzione tra « ottemperanza » ed « esecuzione » appena enunciata — necessaria al fine di differenziare i casi nei quali l'amministrato vanta, in ordine a una attività dell'Amministrazione ulteriore e conseguenziale rispetto alla sentenza, un vero e proprio diritto, da quelli nei quali egli vanta, nei medesimi sensi, solo un interesse legittimo — il concetto di « esecuzione » non coincide con quello civilprocessuale, il quale — almeno secondo il convincimento generale — riguarda i casi nei quali si tratta di portare ad effetti (quasi sempre a mezzo dell'ufficiale giudiziario) un titolo esecutivo.

L'attività « ulteriore » occorrente per portare a effetto la sentenza amministrativa è riservata — fuori dei casi in cui si tratti della pronuncia, o della parte di pronuncia relativa alla condanna al pagamento di somme di danaro (casi nei quali soltanto si applicano gli ausilii della procedura civile: art. 88 reg. proc. CdS) — alla stessa Amministrazione (e non — come generalmente accade nel giudizio civile — ad un ausiliario del giudice), salva la possibilità per l'amministrato di rivolgersi al giu-

dice quando vi sia stata una (parziale o totale) elusione o evasione di tale dovere.

La riserva all'Amministrazione riguarda poi indifferentemente sia i casi in cui si tratta semplicemente di « ottemperare » (secondo discrezionalità) alla sentenza, sia quelli in cui si tratta di « eseguirla » (puntualmente), poiché (salvo che, come si è visto, per i casi di condanna al pagamento di somme di danaro) la legge abbraccia indistintamente entrambe le serie di casi nel concetto di « conformarsi » al pronunciato del giudice, che si rinviene nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo ed è stato tramandato attraverso l'art. 4 della legge del 1889 istitutiva del Consiglio di Stato (ora art. 27, n. 4 del T.U. sul Consiglio stesso) e l'art. 37 della legge del 1971 istitutiva dei TAR, fino a noi; e le tratta unitariamente e indistintamente. Anche l'« esecuzione » tassativa e vincolata è dunque, nel significato qui considerato, un modo di « conformarsi » (è cioè « adempimento » nel senso dianzi chiarito); anch'essa è commessa all'Amministrazione; anche nei casi di mancata effettuazione di essa l'amministrato può rivolgersi (quando la sentenza sia passata in giudicato) al « giudice dell'ottemperanza ». Esiste cioè una sfera di adempimento vincolato (che è l'« esecuzione ») e una sfera di adempimento discrezionale (che è l'« ottemperanza »); ma il regime è unico.

6. Quanto alla portata dei doveri di « osservanza » e di « adempimento », la dottrina e la giurisprudenza hanno posto in luce l'importanza che — pur quando si segua — come anch'io ritengo debba farsi — il tradizionale insegnamento in base al quale i giudizi di impugnazione hanno per oggetto l'atto amministrativo e non (come gli altri giudizi amministrativi) il rapporto privato-amministrazione — riveste, ai fini della determinazione di quei doveri, a integrazione del dispositivo, anche nei giudizi d'impugnazione, per tutte le parti in causa, la motivazione della sentenza, in connessione con i motivi del ricorso (senza potere dunque espandersi dal « dedotto » anche al « deducibile » e ad aspetti del caso non compromessi dalla pronuncia del giudice). L'Amministrazione non può, senza incorrere in eccesso di potere, non tener presenti — quanto meno come direttive del proprio operato — le ragioni poste dal giudice a base della pronuncia.

Sull'altro versante essa non può tuttavia mancare di far conto di quegli eventuali mutamenti che siano venuti a determinarsi, successivamente alla pronuncia da applicare, nelle situazioni di fatto e di diritto, tali da escludere, alla stregua dei valori canonizzati nelle leggi, la possibilità di provvedere, *sic et simpliciter*, alla stregua della situazione esistente invece al tempo di quella pronuncia, o addirittura dell'atto da questa annullato (« ora per allora »). Oggi nessuno più sostiene — come si faceva, anche molto autorevolmente, ancora vent'anni fa (4) — che l'Amministrazione potrebbe sottrarsi, per ragioni di interesse pubblico, all'adempimento del giudicato, e nessuno più contesta che l'adempimento sia per essa doveroso e indeclinabile (5). Nondimeno appare contrastante con la necessità di far conto dei valori pubblici canonizzati come predominanti nella normativa amministrativa sopravvenuta l'accordare — costi quel che costi — prevalenza, rispetto ad essi, a una pronuncia intervenuta anteriormente alla nuova normativa (ancorché persino notificata prima dell'entrata in vigore di questa). In simili casi la tutela degli amministrati non va assicurata con gli strumenti ripristinatori, ma andrebbe assicurata con quelli indennitari e risarcitori (6).

7. Diversamente da quelli delle sentenze civili (a. 2909 c.c.), gli effetti delle sentenze amministrative si estendono (anche se è da chiedersi se ciò sia conciliabile con l'art. 24 Cost.) a tutte le parti in senso sostanziale (vale a dire a tutti i legittimi contraddittori, e cioè — oltre che al ricorrente — all'Amministrazione e ai controinteressati), persino quando — per errore di procedura — non siano state chiamate in giudizio. Ciò inerisce alla circostanza che nel giudizio amministrativo non è ammessa l'opposizione di terzo. La giurisprudenza però esalta (secondo me, a torto) il fenomeno, non esigendo la notifica per pubblici proclami nel caso di ricorso contro atti normativi e atti generali in genere. Peraltro solo le parti presenti o chiamate

(4) V. la posizione di Giannini al Convegno di Napoli del 1960.

(5) In tali sensi v. già, recisamente, Cds, a.p., 3 luglio 1952, n. 13, e, venti anni dopo, a.p., 9 marzo 1973 n. 1.

(6) Sul punto v. SANDULLI, *Sopravvenienza di strumenti urbanistici e domande edilizie pretermesse*, RgE 1978, II, 190; GALLO, *Giudicato amm. e successioni di leggi nel tempo*, FI 1979, III, 99 sgg.

nel giudizio sono titolate (vantano cioè una posizione soggettiva giuridicamente protetta) a pretendere che la sentenza sia portata ad effetto (intesa l'espressione in senso comprensivo sia dell'esecuzione, che dell'osservanza e dell'ottemperanza). Di riflesso esse possono anche rinunciare a tale pretesa: ciò in armonia con l'ormai indiscutibile assioma del carattere di giurisdizione non « di diritto oggettivo » posseduto dai tribunali amministrativi, e del carattere di « contenzioso di parti » proprio del giudizio amministrativo (7).

Con le cose appena dette non contraddice il fatto (già rilevato) che l'annullamento giurisdizionale dell'atto generale o dell'atto collettivo opera — come la giurisprudenza insegna — anche a vantaggio di chi, da esso leso, non lo abbia impugnato (non potendo un atto unitario e indivisibile vivere nei confronti di alcuni dei suoi destinatari e non di tutti). I soggetti che non lo abbiano impugnato possono eventualmente reclamare contro l'illegittimità dell'attuazione dell'atto annullato in un giudizio nel quale non furono parti, ma non possono pretendere pure l'esecuzione in proprio favore della sentenza conclusiva di un simile giudizio o agire per l'adempimento del giudicato.

A propria volta l'Amministrazione non è tenuta a portare ad effetto la sentenza, se non in quanto una o più delle parti processuali titolate, cui la pronuncia giovi, lo esigano: il portare la sentenza ad effetto non corrisponde (o, meglio, non corrisponde necessariamente) all'interesse amministrativo. La giurisprudenza perciò ha chiarito che, quando le parti vittoriose rinunciano agli effetti della sentenza in pendenza dell'appello proposto da controinteressati o dall'Amministrazione, il giudizio deve essere dichiarato estinto per via della cessazione dell'interesse a coltivarlo (8). Ciò non esclude però che l'Amministrazione provveda autonomamente *ex officio* — richiamandosi all'interesse pubblico — nei medesimi sensi della sentenza resa improduttiva di effetti.

8. Che le sentenze amministrative siano (come si legge nell'art. 33 legge 1034/1971) esecutive significa (diversamente dal significato che l'espressione ha per le sentenze civili, dove si

(7) V., a es., la sent. Cds, V sez., 29 febbraio 1980, n. 249, già cit.

(8) Sent. ult. cit.

riferisce alle sole sentenze di condanna) semplicemente che esse sono immediatamente efficaci, e cioè che — come già detto — debbono essere osservate immediatamente e possono essere portate ad effetto immediatamente (ad opera dell'autorità amministrativa: art. 88 reg. proc. CdS), e anzi, in via di principio, lo debbono (la giurisprudenza perciò esclude che l'ottemperanza alla sentenza non definitiva costituisca acquiescenza).

L'art. 33 legge 1034/1971 (il quale enuncia ora espressamente la regola dell'esecutività delle sentenze dei TAR) precisa che « il ricorso in appello al Consiglio di Stato non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata » (l'efficacia della quale infatti può essere, eventualmente, sospesa solo dal giudice dell'appello, a istanza di parte, quando « dall'esecuzione della sentenza possa derivare un danno grave ed irreparabile »).

Quanto alla efficacia immediata delle sentenze del Consiglio di Stato — riconosciuta da sempre —, essa è ricavabile, tra l'altro, anche dalla previsione del rilascio (in nessun modo condizionato) dell'« estratto della decisione in forma esecutiva, per la parte riguardante la condanna alle spese » (art. 89 reg. proc., norma ora estensibile anche alle sentenze di condanna di cui all'art. 26, terzo comma, legge 1034), oltreché dalla prescrizione dell'immediata trasmissione della sentenza « alle autorità cui riguardano, per mezzo del Ministero dal quale queste dipendono » (art. 87 reg. cit.), il quale peraltro non viene indicato in quanto ausiliario del giudice, bensì in quanto (all'epoca era) organo di vertice dell'Amministrazione, responsabile della vigilanza e degli indirizzi.

9. L'esecuzione della sentenza — tutto ciò che è pura « esecuzione » (e non « ottemperanza ») — rappresenta — come si è già visto — un vero e proprio obbligo giuridico immediato verso la parte vittoriosa, la quale vanta perciò verso l'Amministrazione un vero e proprio diritto, che, quando sia intervenuta la condanna al pagamento di una somma di danaro, può esser fatto valere anche per le vie esecutive della procedura civile.

Sia questo o non il caso, quando la parte vittoriosa faccia richiesta dell'esecuzione l'Amministrazione (anche prima del passaggio della sentenza in cosa giudicata) non può comunque sottrarsi ad essa senza risponderne patrimonialmente, e il funzionario senza risponderne sul piano penale (art. 328 c.p., ed,

all'occasione, art. 323) ed eventualmente su quello disciplinare, oltrecché, anch'egli, sul piano patrimoniale. Quando l'esecuzione della sentenza non sia stata sospesa dal giudice dell'impugnazione, incorrono in simili responsabilità l'Amministrazione e il funzionario, a es., se, esistendo la disponibilità di cassa, non dispongano i pagamenti che l'Amministrazione sia stata condannata ad effettuare per spese processuali, o ad altro titolo, ai sensi dell'art. 26, penult. comma, legge 1034; come pure se, annullata un'ordinanza di demolizione, pretendano nondimeno di portarla ad esecuzione; e, ancora, se, ordinata (in sede di giurisdizione di merito) a un'autorità amministrativa la desistenza dall'occupazione di un fondo e il rilascio di esso, l'ordine non venga eseguito.

10. Le cose stanno altrimenti allorquando tra la sentenza e l'esecuzione si frappongano momenti che comportino opzioni discrezionali (p. es., necessità di graduare nel tempo, in coerenza col graduale afflusso dei fondi alle casse dell'Amministrazione, i pagamenti che questa sia stata condannata ad effettuare; necessità di determinare le modalità per procedere all'esecuzione dei lavori per l'abbattimento di un manufatto che il giudice di merito abbia ordinato all'Amministrazione di demolire). Quando infatti si frappongano momenti implicanti una discrezionalità, la necessaria scelta delle modalità comporta un affievolimento della tassatività dell'obbligo di esecuzione, facendo degradare questo a dovere di ottemperanza. Data la discrezionalità che le è connaturale, l'ottemperanza esige necessariamente meditazione ed elaborazione, e dunque tempi meno ravvicinati.

Ciò vale a maggior ragione per quei casi, nei quali — data la mancanza di un vero e proprio diritto della parte vittoriosa a certi contenuti adempitivi — manchi del tutto un obbligo di « esecuzione », e vi sia soltanto un dovere di ottemperanza.

11. Altissima e prevalente è la frequenza con cui l'Amministrazione evita (vorrei dire riesce ad evitare) di portare ad effetto le sentenze fino al formarsi della cosa giudicata ed oltre (persino laddove si tratti di sentenze comportanti un obbligo di « esecuzione » tassativo e inderogabile), anche quando non sia intervenuta nei confronti di esse un'ordinanza di sospensio-

ne e il giudizio vada per le lunghe. Questa è la realtà effettuale.

Le norme che conferiscono « esecutività » alle sentenze non definitive, e ancor più a quelle di primo grado, possono anche non meritare pieno apprezzamento, poiché espongono frustraneamente l'azione amministrativa al rischio di una vicenda incoerente. Esse però esistono, ed andrebbero rispettate. E il loro mancato rispetto non può non comportare le responsabilità cui ho accenato, sia che si tratti di sentenze da « eseguire », sia che si tratti di sentenze suscettibili solo di « ottemperanza ». Non v'è dubbio, tuttavia, che in questo secondo caso la difficoltà di addentrarsi nei meandri della discrezionalità rende generalmente meno praticabile, per non dire impossibile, agli interessati la dimostrazione dei probabili intenti elusivi.

Va ad ogni modo soggiunto che l'eventuale caducazione dei capi della sentenza esecutiva che non siano stati portati ad effetto, se vale a riassorbire *ex post* la responsabilità patrimoniale così dell'Amministrazione come del funzionario, non vale tuttavia a sottrarre quest'ultimo alle responsabilità penali e disciplinari eventualmente connesse alla sua condotta elusiva. Va pure notato che un'immediata richiesta formale di adempimento all'Amministrazione soccombente in primo grado può essere utile per ottenere *ex tunc*, nei casi in cui compete, il risarcimento del danno, quando poi il giudizio si sia concluso definitivamente nel medesimo senso.

A parte i mezzi per far valere le responsabilità dell'Amministrazione e degli amministratori, l'amministrato dispone inoltre — come è noto — della possibilità di promuovere, all'occorrenza, nei confronti dell'autorità inadempiente, i poteri di intervento sostitutivo dell'autorità gerarchica (p. es., art. 7, lett. *p*, D. lg. 30 giugno 1972, n. 748) o di quella di vigilanza (art. 7, lett. *p*, cit., nonché art. 104 t.u.c. e p. e art. 59 legge 62/1953). Ma si tratta di un potere il quale suole essere raramente esercitato: sicché l'arma è pressoché spuntata.

12. Come si è visto, la sostanza della « esecutività » della sentenza amministrativa — e dunque il significato dell'« esecutività », come attributo assegnato ad essa dalla legge — è costituita dall'operatività immediata, e cioè dalla capacità di produrre immediatamente gli effetti giuridici propri della pronuncia (di volta in volta costitutivi, dichiarativi, ordinatori) e di

aprire così la possibilità di portare la sentenza (come si esprime l'art. 33 legge 1034 — come già l'art. 39 t.u. CdS — nell'occuparsi della sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato) ad « esecuzione », e dunque la possibilità che le statuizioni di essa siano tradotte nei « conseguenziali » atti e comportamenti attuativi: di portarla cioè a quella stessa « esecuzione » il cui corso solo il giudice dell'impugnazione può, ai sensi del cit. art. 33 (e già del cit. art. 39), sospendere.

La forza immediatamente operativa della sentenza esecutiva non può esser fatta coincidere però con quella propria di una ordinanza processuale di sospensione del provvedimento impugnato (9): non fosse altro che per il fatto che esistono sentenze (ma non anche — almeno allo stato, e salvo qualche piccolo varco — ordinanze di sospensione) dichiarative e ordinatorie. Inoltre la forza immediata della pronuncia è la medesima tanto per la sentenza di primo grado, quanto per quella di ultimo grado e per quella passata in giudicato (a parte la maggiore autorità inerente a quest'ultimo stato, derivante dall'inoppugnabilità e dalla messa a disposizione dell'azione di cui all'art. 27 n. 4 t.u. CdS e agli artt. 7 e 37 legge 1034/1971).

Non può perciò accettarsi la tesi della mera facoltatività della « esecuzione » delle sentenze non passate in giudicato (10). Né, allo stato della legislazione, è possibile sostenere che, fin quando non siano trascorsi i termini del gravame (11) — e, dunque, ancor più, nell'ipotesi che sia stato presentato il gravame, e, maggiormente ancora, nell'ipotesi che sia stata presentata istanza di sospensione della sentenza —, l'efficacia della sentenza sarebbe *ipso iure* sospesa (12). Non sul piano giuridico, dunque, ma solo sul piano effettuale, può dirsi che l'esecutività della sentenza non passata in giudicato è, allo stato, di minor peso.

---

(9) V. invece CAPACCIOLI, in AA.VV. in *Probl. attuali della giustizia amm.*, Milano 1976, 45 sg.

(10) Cass. 18 settembre 1970, n. 1563; v. anche Cds, a.p., 23 marzo 1979, n. 12.

(11) CAIANIELLO, *Lineamenti del proc. amm.*, 2ª ed., 1979, 498.

(12) Nel senso del dovere dell'Amministrazione di dare esecuzione alla sentenza anche in pendenza dell'appello, Cds, comm. spec., 26 novembre 1977, n. 11.

De jure condendo si può invece suggerire che l'esecutività della sentenza di primo grado non sia fatta operare fin quando non sia trascorso il termine per la proponibilità dell'appello, o quando questo sia stato proposto, accompagnato da domanda di sospensione dell'esecuzione. Quanto alle sentenze del Consiglio di Stato, se ne potrebbe prevedere la non operatività fino a sessanta giorni dopo la pubblicazione, e la possibilità della sospensione dell'esecuzione ad opera del Consiglio stesso in caso di presentazione di un ricorso per cassazione e dell'istanza di sospensione entro tale termine, rimanendo inoltre l'esecutività sospesa nell'intervallo tra la presentazione dell'istanza di sospensione e la pronuncia su di essa, da emettere senza dilazione.

13. Il discorso non è, sostanzialmente, diverso quando la pronuncia da portare ad effetto sia un'ordinanza di « sospensione dell'esecuzione » del provvedimento amministrativo impugnato. Data la funzione che le è propria, l'ordinanza di sospensione deve essere immediatamente produttiva degli effetti suoi propri, e li esplica — salvo che venga revocata, o caducata in sede di appello — fin quando la sentenza conclusiva della fase del giudizio in cui essa viene pronunciata non faccia venir meno (se di verso opposto) o assorba (se del medesimo verso) gli effetti stessi.

Secondo la Corte di Cassazione (13) l'ordinanza non produce la cessazione degli effetti *giuridici* diretti dell'atto amministrativo — cioè non rende inefficace quest'ultimo (dunque non fa venir meno, p. es., il trasferimento di proprietà operato dal decreto di espropriazione sospeso, e neanche il licenziamento operato dal provvedimento sospeso e la decorrenza di esso). Neppure esso produce la necessità di eliminare — ripristinando lo *status quo ante* — gli effetti reali già conseguiti all'atto (p. es., la necessità di ricostruire le opere di cui sia stata disposta la demolizione), senza che peraltro l'affermazione appena fatta possa essere spinta a escludere che la sospensione comporti la necessità di rimuovere ogni stato di fatto già realizzato, avente carattere duraturo, la rimozione del quale non comporti prestazioni di fare di ordine materiale (si pensi a una pura e semplice occupazione di beni, o ad una estromissione dal servizio).

(13) Sentt. 20 marzo 1943, n. 649 e 26 febbraio 1979, n. 1259.

Fermi restando gli effetti irremovibili di cui si è detto, inoltre l'atto sospeso né può essere assunto a legittimo presupposto di altri atti che potrebbero esser posti in essere sul presupposto di un atto del suo contenuto, né può avere ulteriore traduzione in effetti reali (attraverso lavori di costruzione, demolizione, ecc.; attraverso la continuazione della detenzione del bene occupato; attraverso il mantenimento dell'allontanamento dal servizio dell'impiegato sospeso disciplinarmente o cautelarmente). A partire dal momento dell'ordinanza giurisdizionale — o meglio della notificazione di essa all'Amministrazione — l'atto rimane privo della capacità di estrinsecare ulteriore forza « reale »: pur rimanendo cioè efficace, esso viene temporaneamente disattivato (entrando — come usa dire — in una condizione di « quiescenza »).

Accade purtroppo non di rado che l'ordinanza di sospensione non venga « eseguita » (tradotta in effetti) dall'Amministrazione. E la giurisprudenza e la dottrina si sono adoperate a cercare espedienti per far fronte a tale forma di malgoverno (capace di rendere frustraneo lo strumento cautelare, già così poco appagante): si è fatto a tal fine ricorso ora al rimedio dell'art. 27 n. 4 T.U. Cds, ora a quello dell'art. 700 c.p.c., entrambi fin troppo manifestamente inutilizzabili alla bisogna (il primo perché accordato dalla legge — come vedremo — solo quando esista un giudicato, il secondo perché non compatibile — come la Corte di cassazione ha ripetutamente affermato (14) — con l'art. 4 legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo). L'illiceità del modo di comportarsi dell'Amministrazione non autorizza l'interprete a forzare i testi legislativi (anche se ciò talvolta accade, e spesso a fin di bene) e ad inventare rimedi che l'ordinamento non contempla. La legalità nella giustizia e la certezza del diritto sono valori preziosi e preminenti.

La via da battere è piuttosto — fin quando la riforma del processo non renda meno avventurose e più conducenti le strade della giustizia amministrativa — quella — (che, in mancanza di un Ombudsman, solo il coraggio delle parti può rendere più concreta) — di chiamare davanti al giudice civile le Amministrazioni e gli amministratori responsabili e di denunciare, a

(14) Per indicazioni v. il mio *Manuale*, 13ª ed., 1982, 1152, nota 241.

chi può promuovere l'azione penale e quella contabile, i misfatti degli amministratori (14 *bis*).

14. Mentre in difesa della pretesa all'adempimento delle sentenze amministrative semplicemente esecutive gli interessati non possono utilizzare (salvo quanto si è detto a proposito delle sentenze di condanna al pagamento di pecunia) altro mezzo, fuorché l'azione di responsabilità civile e la denunzia al magistrato penale o a quello contabile, per la pretesa all'adempimento delle sentenze stesse passate in giudicato essi dispongono altresì dell'azione *ex* art. 27, n. 4 T.U. CdS (da integrare ora con gli artt. 7 e 37 legge 1034/1971).

Quell'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (ricollegabile ai precedenti riflettenti le pronunce di tale consesso impugnate per cassazione), secondo il quale (15) il rimedio sarebbe utilizzabile anche nei casi di sentenze semplicemente esecutive (orientamento avente forse una qualche ragion d'essere a proposito delle pronunce del Consiglio di Stato, data la maggiore autorità delle pronunce e inoltre il ristretto ambito della loro impugnabilità e la rarità dei ricorsi alla Corte regolatrice avverso di esse), si è esaurito, adeguandosi la giustizia amministrativa all'insegnamento della Corte (16), appena si è trattato di applicarlo alle sentenze dei TAR (17).

A togliergli credito cospira in primo luogo la ragione (valorizzata nelle sentenze appena ricordate dall'Adunanza plenaria) che nell'art. 37 legge 1034/1971 si ha riguardo soltanto ai « giudicati », e che in esso a tale parola non può essere attribuito, in riferimento alle sentenze amministrative, un significato diverso da quello che si ritiene attribuito nel medesimo articolo in riferimento alle sentenze civili. Per le sentenze civili infatti — sebbene nella legislazione del 1865, (e, di conseguenza, in quella del 1889) avesse, originariamente, un significato conci-

(14-*bis*) Successivamente alla stesura della presente relazione è intervenuta l'importante sent. Cds, a.p., 6/1982, che, in caso di mancata esecuzione amministrativa dell'ordinanza di sospensione, ammette pretoriamente i privati interessati a rivolgersi allo stesso giudice che la emise, chiedendo « i provvedimenti ritenuti idonei ».

(15) Cds, a.p., 21 marzo 1969, n. 10.

(16) Sentt. 18 settembre 1970, n. 1563; 5 novembre 1973, n. 2863; 7 novembre 1973, n. 2897.

(17) Cds, a.p., 23 marzo 1979, n. 12 e 1° aprile 1980, n. 10.

dente con quello di « sentenza » (18) — la parola « giudicato » viene incontestatamente intesa, nell'ambito della giustizia amministrativa, da epoca non più recente, nel significato di pronuncia passata in cosa giudicata (19).

Ad escludere che, nei testi legislativi in discussione, il concetto di « giudicato » si possa identificare, *sic et simpliciter*, con quello di pronuncia del giudice, concorre però decisamente anche — e ancor più a proposito delle sentenze amministrative — l'argomento razionale della grave instabilità alla quale sarebbe esposta l'azione amministrativa (e la cosa potrebbe assumere aspetti sconvolgenti laddove i provvedimenti tocchino copiose serie di persone o interessi pubblici e privati di grande rilievo) dalla necessità di avvicendare procedimenti e contenuti in corrispondenza delle varie vicende del giudizio. Una considerazione che non si può non supporre presente al legislatore del 1971 — ancorché spesso (e non sempre senza ragione) accusato di carenze tecniche — quando, una volta di più, in un'epoca di linguaggio più controllato, parlò, a proposito del rimedio contemplato nell'art. 37 della legge 1034 (e solo a proposito di esso e non anche in altri passi della legge), di giudicato e non di sentenza.

---

(18) Si veda, p. es., la dec. Cds, IV, 26 aprile 1895, FI 1895, III, 122; in dottrina, MORTARA, *Commentario*, 2ª ed., 141 ss.; CAMMEO, *Commentario*, 846 sgg.; pure la relazione senatoria sulla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, riferita da MORTARA, *op. cit.*, 143, nota 2, parla di giudicato anche a proposito di pronunce non « irretrattabili ».

(19) Si possono vedere le motivate sentenze Cds, IV sez., 11 giugno 1954, n. 396 e 25 febbraio 1955, n. 140, IV sez., 25 ottobre 1955, n. 700 (ma è utile ricordare anche le sentenze IV sez., 30 dicembre 1949, n. 449, V sez., 1° luglio 1950, n. 813 e 3 novembre 1950, n. 1108, VI sez., 21 novembre 1950, n. 473, le quali negarono l'utilizzabilità del rimedio in riferimento alle ordinanze di sospensione dell'atto amministrativo impugnato, perché considerate non « definitive »). Le uniche due sentenze in senso contrario, che ho potuto rinvenire (V sez., 29 aprile 1910, GI 1910, II, 335, e 31 gennaio 1947, *ivi*, 1947, III, 166), non sono motivate sul punto (e la prima è annotata criticamente dalla rivista). L'esame della giurisprudenza dimostra anzi che, pure in precedenza, l'azione ex art. 27 n. 4 è stata generalmente promossa solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza da adempiere (v., p. es., VI sez., 15 gennaio 1904, FI 1904, III, 17; V sez., 3 giugno 1910, GI 1910, III, 337; V sez., 11 giugno 1920, GI 1921, III, 1). V. anche V sez., 30 gennaio 1925, FA 1925, I, 19.

Il sistema che, nell'accordare, a cuor leggero, e discostandosi dalla legge civile, esecutività a tutte le sentenze amministrative, di qualunque grado, non munisce poi tale esecutività di adeguati ausilii, può esser considerato, nel suo insieme, insoddisfacente (e lo è sia in una direzione, che in quella opposta, come risulta dalle cose già dette), ed anche incoerente. Non può tuttavia affermarsi che la riserva dell'azione *ex* art. 27 n. 4 t.u. CdS alle sole sentenze del Consiglio di Stato e dei TAR che siano passate in giudicato non abbia una sua giustificazione.

A chiusura degli svolgimenti che precedono dirò che mi pare però difficile aderire senza perplessità alla tesi della Corte di cassazione (20), secondo quale incorrerebbe in difetto di giurisdizione — perché riduttiva della sfera d'azione dell'Amministrazione — quella sentenza amministrativa che provvedesse ex art. 27 n. 4 T.U. CdS in riferimento al mancato adempimento delle statuizioni di una sentenza esecutiva ma non passata in giudicato (21).

15. Estesa solo a partire dal 1928, in virtù (come è stato detto) di « bruta normazione giurisprudenziale » (22), alla esecuzione dei giudicati amministrativi (23), e consacrata legislativamente in tale sua più ampia portata per la prima volta in occasione della legge del 1971 istitutiva dei TAR (art. 37 legge 1034), l'azione prevista dall'art. 27 n. 4 T.U. CdS (cui fa rinvio l'art. 7 legge 1034, mentre l'art. 37 si occupa poi della ripartizione tra TAR e Consiglio di Stato delle competenze in materia) — sulle regole della quale azione il legislatore è finora rimasto straordinariamente silente, e anzi pressoché muto — è un istituto in ordine al quale può dirsi che non esiste quasi alcuna certezza, a cominciare dalla natura stessa dell'azione

---

(20) Sentt. 18 novembre 1970, n. 1563 e 7 novembre 1973, n. 2897 citt.

(21) Cfr. CERINO-CANOVA, *Giur. ital.* 1971, I, 1ª, 884.

(22) NIGRO, *Il giudicato amm. e il processo di ottemperanza*, RtDPC, 1981, n. 1.

(23) Sentt. Cds, IV sez., 9 marzo 1928, nn. 181 e 182, entrambe in materia di giurisdizione esclusiva. Solo con la sent. 8 luglio 1953, n. 2157 la Corte di cassazione legittimò tale orientamento. La prima sentenza del Consiglio di Stato che abbia affermato la regola nei giudizi in materia di interessi legittimi è quella della V sez., 13 marzo 1931, n. 176.

e a finire all'essenza e al contenuto della pronuncia e alle regole del processo.

Non è senza significato che l'azione in esame figuri ricompresa — così nel T.U. del Consiglio di Stato, come nella legge 1034 (l'art. 7 della quale richiama puramente e semplicemente, in tutta la sua intierezza e il suo variegato contenuto, l'art. 27 di quel testo unico, in cui l'azione di ottemperanza figura al n. 4) — tra le azioni relative alla « giurisdizione di merito ».

A seguito di una sentenza pronunciata nei propri confronti, alla quale essa debba adempiere, l'autorità amministrativa, come si è visto, conserva generalmente (e ciò vale ancor più quando la sentenza sia del giudice amministrativo (24)) uno spazio discrezionale, destinato a esser colmato dalle sue scelte e quindi dai suoi atti. L'azione in questione è stata data appunto allo scopo di sottoporre al vaglio del giudice il modo in cui l'Amministrazione si muove in tale spazio, e affinché il giudice possa eventualmente intervenire nell'ambito di esso, in funzione correttiva, direttiva, o, all'occorrenza, (direttamente o per interposizione) sostitutiva, nei casi di distorsioni od omissioni in cui l'Amministrazione sia incorsa nell'esercizio del potere di utilizzarlo.

Il tipo di attività che il giudice è chiamato a svolgere all'interno di tale spazio ha pur sempre carattere giurisdizionale (25), mantenendo nell'esercizio di essa il giudice — estraneo agli interessi affidati alle cure dell'Amministrazione — la posizione *super partes* che istituzionalmente è propria della sua funzione, e intervenendo egli necessariamente a istanza di parte, in conformità di una regola che nell'ambito della funzione stessa è da considerare pressoché universale (tra le poche eccezioni primeggia la giurisdizione penale del pretore). È fin

(24) Quanto detto nel testo si rapporta al carattere schematico proprio delle pronunce del giudice amministrativo e al necessario agganciamento delle esplicite statuizioni di esse ai motivi prospettati nel ricorso e presi in esame, in riferimento al modo in cui il potere fu esercitato e a quello in cui avrebbe dovuto — e dovrà — essere esercitato. Di qui le diffuse spiegabili critiche all'abuso — il quale può risultare pregiudizievole non al solo ricorrente, ma, all'occorrenza, anche alle altre parti — delle dichiarazioni di assorbimento di motivi.

(25) V., da ultimo, Cds, a.p., 29 gennaio 1980, n. 2; NIGRO, *Il giudicato amm.*, cit., n. 7.

troppo noto, d'altro canto, perché occorra insistervi, che il tipo dei provvedimenti adottabili (mi riferisco in particolare ai provvedimenti che, nei casi in cui il giudice — o il suo delegato — opera in veste sostitutiva, assumono, nell'area in esame, un contenuto corrispondente agli atti che avrebbe dovuto adottare l'autorità amministrativa, dovendo prendere, appunto, il posto di questi, indebitamente omessi) non può essere considerato rilevante (e ancor meno decisivo) ai fini della classificazione dell'attività dei pubblici poteri. Onde l'osservazione (che — riecheggiando posizioni dottrinali, pur autorevoli, di un passato già remoto (26) — ritorna talvolta anche nelle sentenze più apprezzabili), secondo la quale le statuizioni emesse in questa materia dal giudice avrebbero in realtà un contenuto amministrativo piuttosto che giurisdizionale (27), lascia il tempo che trova.

16. La qualificazione del giudizio in esame come processo di volontaria giurisdizione, abbracciata in passato dalla giurisprudenza (28), è stata abbandonata. Essa si basava sul presupposto (vistosamente inesatto) del difetto nel giudizio stesso di posizioni conflittuali, ed era ispirato dalla intenzione di argomentare (senza che del resto l'argomento potesse considerarsi sufficiente e decisivo) la trattazione in camera di consiglio (ora legittimata dall'art. 27 legge 1034/1971) e l'(ingiustificabile) esclusione del contraddittorio (dura a morire, ma entrata ai nostri giorni manifestamente in crisi).

Perdura invece la disputa circa il carattere di processo di cognizione o di esecuzione che il giudizio rivestirebbe. La tendenza ad abbracciare la seconda alternativa ha avuto un rilancio (di larga eco) negli ultimi tempi (29), muovendo dal concetto, né nuovo (30) e neppure inattendibile, che la categoria dei processi di esecuzione non si esaurisce nelle figure dell'esecuzione

(26) Sulle quali v. NIGRO, *Sulla nat. giur. del processo di cui all'art. 27 n. 4 della l. sul Cons. di Stato*, in *Rass. d. pubbl.* 1954, 261 sgg.

(27) P. es., Cds, a.p., 14 luglio 1978, n. 23 e 29 gennaio 1980, n. 2.

(28) Sulla quale v. ancora NIGRO, *op. ult. cit.*, 265 sgg.

(29) VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amm.*, RDProc. 1980, 642 sgg.

(30) GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, RtDPC 1960, 461; MIELE, *Note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amm.*, in *Problemi del processo amm.*, Atti IX Conv. di Varenna, Milano 1964, 517 sgg.; nonché NIGRO, cit. più avanti.

forzata presenti nel codice di procedura civile (le quali, del resto, sono notevolmente differenti tra loro, e si discute se proprio tutte diano luogo ad autentici processi di esecuzione), ma anche dalla (non condivisibile) asserzione che « gli atti che il giudice dell'ottemperanza deve emanare sono essenzialmente vincolati — e solo marginalmente discrezionali —, così che si può affermare la loro natura di atti esecutivi » (31), dovendo la sentenza amministrativa da applicare esser considerata come « l'equivalente » del titolo esecutivo, presupposto per l'esecuzione forzata dal codice di procedura civile (32).

Non può negarsi che non poche volte (e ormai sempre più largamente, in un contesto civile e sociale che ha visto la presa di coscienza, da parte degli operatori del diritto — di qua e di là del banco della difesa — e dei giuristi in generale, della volontà costituzionale che il diritto si traduca in risultati e non si esaurisca in esangui moniti) il giudizio dell'ottemperanza si conclude con atti del giudice (o del suo delegato) i quali hanno sostanza « operativa », incidendo « creativamente » (e cioè non mediante un provvedimento meramente caducatorio) nel mondo del reale, senza restarne a monte, e dunque senza che residui (nell'ambito entro cui la sentenza da adempiere agisce) un ulteriore spazio operativo dischiuso alla sola buona volontà dell'Amministrazione (che è il soggetto cui, in via primaria, l'art. 45 T.U. CdS e l'art. 88 reg. proc. commettono l'esecuzione delle sentenze amministrative) o ad adempimenti ulteriori non del giudice ma facenti capo all'autorità dello stesso. Ciò suole verificarsi in quei casi in cui la renitenza dell'Amministrazione si manifesta — o il giudice ha ragione di ritenere che si manifesterà — proprio (o anche) nella fase « operativa » anzidetta, e, dunque, o quando l'attività da svolgere sia assolutamente vincolata, o quando la fase delle « scelte » (eventualmente necessarie e possibili) conseguenti alla sentenza da applicare sì sia esaurita (non importa se ad opera della stessa Amministrazione, o del giudice dell'ottemperanza e degli eventuali sostituti di questo). A proposito di questa attività del giudice (o del suo sostituto) — che essa medesima non è attività « materiale » (dovendo quest'ultima, di necessità, essere espletata — laddove ne abbiso-

(31) VERDE, *op. cit.*, nota 1.
(32) *Ivi*, 651.

gnasse una, come potrebbe verificarsi, a es., quando occorresse disporre un ripristino di luoghi — per ordine del giudice o del suo delegato da agenti dell'Amministrazione o da soggetti privati incaricati da far luogo a una « esecuzione d'ufficio » per conto dell'Amministrazione (33)), ma è pur sempre attività « giuridica », consistendo nell'emanazione di atti (nomine, promozioni, riassunzioni in servizio, mandati di pagamento, rilascio di concessioni o autorizzazioni, ecc.) — si può anche parlare, volendo, di attività « di esecuzione » (sebbene, come dirò tra breve, a ciò non si rapportino conseguenze di rilievo). Non anche però a proposito delle attività che stanno a monte, poiché, laddove il giudice (o il suo sostituto) esercita un potere di scelta in ordine al contenuto e all'oggetto dei propri interventi e delle proprie statuizioni (né si limita a prescrivere — per usare la formula dell'art. 612 c.p.c. — « le modalità dell'esecuzione » di un'attività già imposta dalla sentenza da eseguire), ivi esso « dispone », e non « esegue » né « sovrintende » (come il pretore) alla mera attività di esecuzione di statuizioni che già siano state adottate da altri.

Si accetti o no come limite del concetto del processo di esecuzione la tipologia del codice civile e di quello di procedura civile, a mio avviso non può parlarsi perciò né di esecuzione, né di processo di esecuzione, a proposito di tutta l'attività (intimatoria o determinativa) che sta a monte della conclusiva attività « operativa » cui dianzi mi riferivo. Fin quando interpreta il giudicato, compie le necessarie valutazioni al fine di stabilire quali potrebbero essere (per usare l'espressione dell'art. 45 T.U. CdS) gli « ulteriori provvedimenti » da adottare (nella situazione di fatto e di diritto attuale e in riferimento alla fattispecie in ordine alla quale è intervenuta la pronuncia da applicare) per « conformarsi » ad esso, compie la scelta tra le possibili soluzioni, o, eventualmente — a monte di tutte o di alcune di tali sottofasi —, ordina (come ora più raramente suole accadere) alla stessa Amministrazione di ottemperare, o procede alla nomina di un commissario perché, in vece di esso giudice, costui adotti i provvedimenti (di volta in volta indicati o no dallo stesso giudice) occorrenti affinché la sentenza da applicare abbia attuazione, il giudice dell'ottemperanza esercita sicuramente

(33) V. Cds, V sez., 11 giugno 1920, GI 1921, III, 1.

un'attività cognitoria. Chè è cognitoria l'attività la quale sfocia in una sentenza, che, come quelle che qui vengono in questione, assumono (per utilizzare la concettuologia di RASELLI (34)) contenuto « determinativo » (35), essendo dalla legge rimessa alla valutazione e alla scelta (spesso di ampio respiro) del giudice di stabilire, autonomamente, il contenuto delle statuizioni « di merito » da adottare attraverso di esse.

Giustamente perciò, a mio avviso, la giurisprudenza insiste sul carattere cognitorio del giudizio di ottemperanza, richiamando l'attenzione sul fatto che esso è stato inquadrato dal legislatore nei casi di giurisdizione amministrativa di merito (i quali si concretano incontestabilmente in giudizi di cognizione), e che dai lavori preparatori della legge del 1889 che istituì il giudizio di ottemperanza nessun elemento è dato trarre, il quale possa indicare l'intento di differenziare quest'ultimo dai rimanenti casi nei quali il giudice amministrativo « decide pronunciando anche in merito » (36).

Non era possibile, nella presente occasione, sottrarsi a una presa di posizione sul punto appena esaminato. Non si può nondimeno mancare di aggiungere che la riferita disputa relativa al carattere « di esecuzione » del giudizio di ottemperanza si rivela, in ultima analisi, di ben poca importanza. Chi più validamente ha cercato di isolare gli aspetti « di esecuzione » del giudizio stesso ha potuto osservare che, tutto sommato, la differenziazione di tale loro natura dalla natura cognitoria dell'attività processuale che resta a monte di essi non potrebbe avere altra utilità oltre quella di contribuire a evidenziare la necessità (che pienamente condivido) del contraddittorio nel giudizio di ottemperanza e l'appellabilità delle sentenze in cui esso sfocia (37). È da escludere però che la dimostrazione del carattere non « di esecuzione » di alcune fasi del giudizio sia decisivo così ai fini della dimostrazione della necessità del contraddittorio — essendo questo prescritto anche nel processo di esecuzione (articolo 485 c.p.c.) —, come ai fini dell'appellabilità — essendo

---

(34) *Studi Carnelutti*, II, 567.

(35) In tali sensi anche NIGRO, *Sulla natura giuridica*, cit., 284; ma v. ora *Il giudicato amm.*, cit., n. 9.

(36) Cds, a.p., 29 gennaio 1980, n. 2.

(37) NIGRO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., n. 8.

l'appello indiscusibilmente ammesso anche contro sentenze che debbono esser considerate (quanto meno *lato sensu*) « di esecuzione » (come la legge le designa), quali quelle previste dall'art. 2932 c.c. Comunque — e ciò è risolutivo — il giudizio di cui all'art. 27 n. 4 t.u. CdS si presenta, in realtà, necessariamente e sempre con i medesimi connotati (essendo configurato in modo unitario dall'ordinamento), anche in quei casi (ben possibili, come si è già visto), nei quali l'aspetto dell'« esecuzione » del giudicato sia, più che preponderante su quello dell'« ottemperanza », addirittura esclusivo. Né la legge ne differenzia mai il regime rispetto agli altri giudizi contemplati nell'art. 27.

Puramente descrittiva mi pare poi la definizione — piuttosto frequente — della funzione del giudizio *ex* art. 27 n. 4 in termini di « prosecuzione » di quello concluso con la sentenza da portare ad attuazione (tanto più che il primo non può esser considerato come una ulteriore fase del secondo, pur presupponendo necessariamente quest'ultimo e ricollegandosi ad esso).

Rimangono a propria volta nell'indefinito quelle formulazioni che connotano come *sui generis* il giudizio stesso.

17. La funzione del giudizio in esame va individuata dunque nella determinazione, a richiesta degli amministrati titolari dell'azione *ex* art. 27 n. 4 (e dunque nei casi nei quali la Amministrazione sia rimasta inadempiente), di chi dovrà provvedere per l'adempimento dell'intervenuto giudicato, e/o dell'*iter* provvedimentale occorrente, e/o delle modalità dello svolgimento di tale *iter*, e/o degli stessi provvedimenti da adottare conclusivamente, e addirittura nell'adozione di essi.

La legge non fornisce indicazioni precise; anzi non ne fornisce alcuna. È stata la prassi giurisprudenziale — ancora una volta la « bruta normazione giurisprudenziale » — a operare le scelte. Essa si è orientata in modo vario.

Si va dai non molti casi nei quali il giudice dell'ottemperanza si è sostituito esso stesso all'Amministrazione inadempiente (cosa avvenuta, a quanto risulta, generalmente in ipotesi di omissione di attività vincolate) provvedendo senz'altro in luogo dell'Amministrazione, a quelli nei quali il giudice (specialmente all'inizio del nuovo corso che ha dischiuso l'azione dell'art. 27 n. 4 alla parte vittoriosa di un giudizio amministrativo) si è li-

mitato ad assegnare perentoriamente un termine all'Amministrazione per conformarsi al giudicato, senza peraltro specificare in alcun modo il contenuto degli atti da adottare. Ma la strada ormai più comunemente seguita è quella di assegnare all'Amministrazione un termine per provvedere essa stessa, stabilendo contemporaneamente che, trascorso inutilmente tale termine, si sostituirà ad essa un commissario *ad acta* nominato dallo stesso giudice, oppure da questo designato in persona del titolare di un organo amministrativo qualificato (p. es., in casi di omessa pronuncia su una istanza di licenza edilizia, è stato talvolta incaricato il provveditore alle opere pubbliche (38)) oppure (più spesso) un commissario la cui designazione viene dal giudice commessa a un organo amministrativo qualificato (per lo più appartenente, nei casi di inottemperanza di enti diversi dallo Stato, all'Amministrazione di vigilanza).

La dottrina più recente ha individuato nel commissario un delegato del giudice (39); la tesi è stata recepita dalla Corte costituzionale (40) e successivamente accolta dalla giurisprudenza amministrativa (41). Essa può considerarsi ormai generalmente condivisa.

Questa soluzione, alla quale si è pervenuti per gradi, riveste sostanzialmente carattere compromissorio tra il lasciare l'adempimento in piena balìa della medesima Amministrazione inadempiente o maladempiente — come si è stati soliti fare per lungo tempo, per un malriposto rispetto verso il potere amministrativo — e la completa avocazione della materia al giudice (come è stato fatto piuttosto raramente nei casi di cui si è detto).

Deferendo (solitamente, ma non necessariamente) a un funzionario dell'Amministrazione un incarico giudiziale, da espletare — come si dice efficacemente nella sent. CdS, a.p., 23/1978 — sotto « l'immanente controllo del giudice », si è puntato alla utilizzazione dell'esperienza amministrativa (che in materia riveste molta importanza), sussumendola nell'ambito della giurisdizione.

---

(38) Cds, V sez., 3 giugno 1970, n. 476. In casi di inadempimento ministeriale è stato talvolta incaricato il direttore generale del ramo (a.p., 29 gennaio 1980, n. 2).

(39) SANDULLI, *Man. dir. amm.*, 12ª ed., 1974, 961.

(40) Sent. 12 maggio 1977, n. 75.

(41) Cds, a.p., 14 luglio 1978, n. 23.

Si tratta di una soluzione di tipo pragmatico e pretorio, la quale non ha base nel diritto scritto, e anzi appare difficilmente conciliabile con gli stessi principi, non essendo consentito ai pubblici poteri, e ancor meno ai giudici, di farsi sostituire — laddove la legge non lo autorizzi — né da altri organi, né da persone estranee all'organizzazione dei poteri stessi. Essa si è tuttavia consolidata come *jus receptum*, accettata non solo ai massimi livelli della giustizia amministrativa, ma (sia pure *incidenter*) dalla stessa Corte costituzionale.

18. La natura della funzione e dell'attività commissariale, concepite nel modo che si è descritto, non risulta finora chiaramente configurata. Ci si imbatte ancora in sentenze dove il commissario viene descritto a un tempo come ausiliare del giudice e organo (straordinario) dell'Amministrazione (« in quanto inserito coattivamente nella struttura organizzativa di questa in sostituzione dei normali organi operativi », « esautorati *ope judicis* ») (42). Non è mancato tuttavia chi — *de jure condendo* — ha immaginato il commissario come un « perito » chiamato a predisporre un « progetto » del conclusivo provvedimento attuativo del giudice (43). Così come lo configura l'attuale corso giurisprudenziale, il commissario non è però un semplice consulente del giudice, del tipo del « funzionario tecnico » incaricato di redigere le perizie da lui disposte (artt. 27 e 31 reg. proc. CdS). È investito infatti dal giudice addirittura della potestà di svolgere — in sua vece — le istruttorie e adottare i provvedimenti che — utilizzando la propria esperienza — ritenga appropriati per dare attuazione alla sentenza da portare ad effetto. Non è un organo del giudice, non avendo questo il potere di istituire nuovi organi, e non è neppure uno degli ausiliari del giudice noti alla tipologia processualistica, essendogli attribuiti compiti cognitori, decisionali e operativi altrimenti di spettanza del giudice. Questo funzionario — traslato dall'area dell'Amministrazione (nella quale la sua figura era nata) — in quella della giurisdizione — è invece un sostituto del giudice; e i provvedimenti da lui adottati, pur non assumendo il carattere

(42) Cga.R.Sic., 25 febbraio 1981, n. 1.

(43) De Roberto, relazione introduttiva al convegno di Varenna, 1981.

di atti giurisdizionali (44), non possono non essere considerati tuttavia paragiurisdizionali o, se si preferisce, subgiurisdizionali. Quest'ultimo concetto si è voluto evidentemente esprimere quando è stato detto che essi sono « sottoposti all'immanente controllo del giudice » (45). Né si osservi che le indicazioni appena formulate sono a mala pena descrittive. La realtà alla quale ci ha messi di fronte la novità pretoria della giurisprudenza non si fa calare facilmente negli schemi degli istituti tradizionali.

Nella sentenza dell'adunanza plenaria 23/1978 — che rappresenta finora (unitamente alla successiva sentenza della stessa adunanza 29 gennaio 1980, n. 2) l'autentica fonte ufficiale della materia (mentre l'ideologia è rinvenibile in un notevole scritto dell'estensore della prima delle ricordate sentenze, il consigliere di Stato Calabrò) — si legge che « gli atti emanati dal commissario *ad acta* giudiziale (così come quelli direttamente emessi dal giudice dell'ottemperanza) non sono riconducibili sotto il regime dei controlli ed impugnazioni che vale di regola per gli atti amministrativi ». Mancando per essi — continua (in modo forse troppo sintetico) la sentenza — quel « vaglio collegiale nella sede giurisdizionale alla luce del contraddittorio (ancorché imperfetto) che si realizza nell'apposito procedimento in camera di consiglio », non si può nondimeno non riconoscere alle parti insoddisfatte dell'operato del commissario la possibilità di rivolgersi, nelle forme proprie del giudizio di ottemperanza, al giudice di questo, « perché verifichi la rispondenza alle proprie indicazioni degli atti emessi, in suo luogo, dal commissario da lui nominato *ad hoc* ». Non si tratterebbe cioè di un giudizio d'impugnazione — tale non è, del resto, lo stesso giudizio di ottemperanza (come si vedrà) —, bensì di una sollecitazione dei poteri inerenti a quell'« immanente controllo del giudice dell'ottemperanza » di cui si è detto.

Se così è, probabilmente la sentenza *magis dixit quam voluit*. Buona parte delle disposizioni degli artt. 90 e 91 reg. proc. CdS da essa richiamati non si attagliano infatti al caso. È da ritenere che, precisato che non occorre un giudizio d'impugnazione, la sentenza abbia voluto dire soltanto che per censurare

(44) Così sembrerebbe adombrare invece VERDE, *op. cit.*, 645.
(45) Sent. 23/1978, cit.

l'operato del commissario e ottenerne la riforma basta rivolgersi direttamente al giudice che lo nominò, col semplice deposito del ricorso, e che il procedimento si svolge, successivamente, secondo le modalità indicate nell'art. 91 (comunicazione al Ministro, termine dilatorio di venti giorni e sollecita trattazione in camera di consiglio). Nell'unico giudizio a mia conoscenza, nel quale il ricorrente si è attenuto a tale criterio, la sentenza ha affermato che in materia la procedura stessa sarebbe da osservare necessariamente, ed ha annullato il provvedimento commissariale posto sotto accusa dal ricorrente (46).

Quanto si è detto comporta anche la possibilità di chiedere ed ottenere, nel corso del giudizio, la sospensione degli atti commissariali (47), non altrimenti da come sarebbe possibile ottenere, eventualmente, quella degli atti del giudice delegato (ma non ai sensi dell'art. 21 legge 1034/1971 e dell'art. 39 T.U. CdS, e neanche ai sensi dell'art. 33 della prima legge).

19. Rimane aperto il problema del termine per rivolgersi al giudice, apparendo poco coerente (in un sistema che ha addirittura esteso pretoriamente alle sentenze amministrative il termine di decadenza annuale stabilito dall'art. 327 c.p.c. per l'impugnazione delle sentenze) che contro l'operato del commissario (e della stessa Amministrazione cui il giudice dell'ottemperanza abbia ordinato di provvedere in un certo modo, più o meno tassativo) ci si possa gravare senza limiti di tempo (« finché duri l'azione del giudicato », come si esprime l'art. 90 reg. proc. CdS): un problema che solo il legislatore potrebbe risolvere incontestabilmente. Si può tuttavia ipotizzare — pretorietà per pretorietà — l'applicazione della perenzione, una volta che si volesse considerare il giudizio *ex* art. 27, n. 4, nel quale sia stato dato inizio (con un ordine all'Amministrazione, con l'incarico a un commissario, con la delega di un giudice, o altrimenti) a una fase « adempitiva », come una procedura destinata a rimanere « aperta » fin quando la fase stessa non si sia

(46) Cds, V sez., 16 ottobre 1981 n. 446; nel senso dell'inammissibilità della procedura d'impugnazione v. già V sez., 27 marzo 1981, n. 97.

(47) Sent. Cds, V sez., 11 luglio 1980, n. 741, non motivata peraltro in argomento.

conclusa con una pronuncia del collegio (48), da sollecitare mediante istanza di trattazione. In tal caso, per adire il collegio nei confronti degli atti del commissario o del giudice delegato, il ricorrente non avrebbe neppure l'onere di pagare l'anacronistica tassa di ricorso, altrimenti necessaria e fonte di ulteriori deprecabili questioni di rito.

Rimane altresì aperto il problema dell'esigenza di assicurare la presenza nel giudizio del commissario *ad acta* (assegnandogli un congruo termine per una relazione scritta e invitandolo a partecipare alla seduta di trattazione della causa, e forse anche ad essere ascoltato in quella decisione) (49).

Rimane infine aperto (prima di tutto perché lo impone l'articolo 24 Cost.) l'indifferibile problema di assicurare (attraverso comunicazioni in tempo utile, da eseguire d'ufficio o attraverso notificazioni a cura del ricorrente) il diritto di difesa a tutte le parti del giudizio concluso con la sentenza da portare a effetto (e aventi causa). Problema il quale non è risolto in senso positivo neppure da quella disposizione dell'art. 27 legge 1034, ult. comma, la quale, consentendo (ma solo per i giudizi di competenza dei TAR) che ognuna delle parti richieda che un giudizio da trattare normalmente in camera di consiglio venga trattato in udienza, può comportare, al massimo, che le sole parti costituite siano informate del mutamento del rito e della fissazione dell'udienza (50).

20. Le considerazioni dianzi svolte a proposito della opportunità che, in quei casi nei quali il giudice abbia adottato disposizioni adempitive (mediante la nomina di un commissario o altrimenti), il giudizio *ex* art. 27 n. 4 sia considerato « aperto » (e cioè non concluso) fin quando non intervenga una sentenza definitiva del giudizio (sia pure una sentenza che dichiari la perenzione, la quale dovrebbe comportare, oltre all'estinzione del giudizio, anche il venir meno della potestà di promuovere un nuovo giudizio per esercitare l'azione di giudica-

---

(48) Vedasi VERDE, *op. cit.*, 662, nonché le relazioni di DE ROBERTO, CALABRÒ e PIGA al convegno di Varenna del 1981.

(49) In argomento v. gli accenni di VERDE, *op. cit.*, 662.

(50) Indicazioni di giurisprudenza in SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, FI, 1979, III, 78.

to), tali considerazioni — dicevo — dovrebbero aiutare a risolvere anche il problema dell'appello contro le sentenze dei TAR emanate, ai sensi dell'art. 37 legge 1034, per l'adempimento dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi alle loro pronunce e a quelle d'appello che le confermino.

Sono dalla parte di coloro che rifiutano la tesi dell'inappellabilità delle sentenze dei TAR in materia di esecuzione dei propri giudicati: una tesi che, pur avendo dalla sua l'autorità di un'importante pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (51), peraltro sostanzialmente rinnegata (al di là della lettera) da una pronuncia successiva (52), ha contro di sé l'art. 125 Cost. (il quale configura i TAR come giudici di primo grado) e l'art. 28 legge 1034 (il quale contempla come rimedio generale l'appello contro le sentenze dei TAR), ed è stata confutata, in modo efficace e quasi sempre convincente, da SCOCA (53). Mi paiono allarmanti le considerazioni da lui svolte a proposito degli inconvenienti cui — mancando una normativa canonizzata della procedura dell'azione *ex* art. 27 n. 4 — potrebbe condurre la dispersione incontrollata della materia tra ventidue giudici, senza contare le sezioni staccate (venti dei quali giudici sarebbero anzi sottratti anche all'istanza unificante dell'ad. plenaria del Consiglio di Stato): una dispersione suscettibile di generare tutta una serie di differenti processi di ottemperanza, « ciascuno irriducibile agli altri ». Né considero convincenti le obbiezioni di illegittimità costituzionale mosse all'art. 37 legge 1034 per il fatto che il giudizio di ottemperanza alle pronunce del Consiglio di Stato ha luogo (diversamente da quello relativo alle pronunce dei TAR) in unico grado (54): infatti l'art. 125 Cost. prescrive solo per le sentenze dei TAR un secondo grado di giudizio e non riserva ai TAR, in primo grado, tutte le materie che possono formare oggetto di giudizio amministrativo; inoltre la riserva al Consiglio di Stato dei giudizi di ottemperanza alle proprie sentenze ha una valida base razionale, data la continuità

---

(51) Sent. 23/1978, cit.

(52) A.p., 29 gennaio 1980, n. 2.

(53) *Loc. cit.*. Le argomentazioni sono state fatte in buona parte proprie dalla ricordata sentenza 2/1980 della ad. plenaria del Consiglio di Stato.

(54) V. ordinanza TAR Lazio, I sez., 24 settembre 1980, n. 963.

sussistente tra sentenza da adempiere e giudizio di ottemperanza.

Non posso tuttavia mancare di notare che, quando volesse ritenersi che ogni atto del commissario *ad acta* possa suscitare un *nuovo* giudizio di ottemperanza e la pronuncia conclusiva di questo possa essere appellata *ex se*, il doppio grado rischierebbe di alimentare un groviglio inestricabile di processi nel processo. L'inconveniente risulterebbe invece evitato quando il giudizio di ottemperanza venga considerato (come già accennato) uno, ed uno solo, talché (dopo essersi svolto interamente sotto « l'immanente controllo » del giudice) esso si concluderebbe solo con la sentenza finale. Abbracciata tale tesi, sarebbe impugnabile solo questa sentenza, mentre non dovrebbero esserlo gli interventi del collegio suscitati — per così dire — da « incidenti » determinatisi nel corso della ottemperanza (rimostranze contro singoli atti commissariali, ecc.). Portando avanti — non importa se in sede giurisprudenziale o legislativa — il discorso aperto in modo pretorio con la sent. 23/1978, si potrebbe anzi pensare che, in tale contesto, gli interventi anzidetti possano aver luogo in forma di ordinanza e non di sentenza.

21. Il giudizio *ex* art. 27 n. 4 T.U. CdS — la cui normativa è integrata dagli artt. 90-91 reg. proc. — non è configurato dal legislatore, e non vive nella prassi giurisprudenziale, come giudizio di impugnazione. Anzi fino ai giorni nostri la giurisprudenza ha generalmente ritenuto che appunto perciò esso non potrebbe essere utilizzato allorquando l'inottemperanza si sia realizzata non attraverso un comportamento omissivo o un atto di rifiuto espresso (55), bensì attraverso atti formalmente adempitivi, mediante i quali l'Amministrazione, per errore o per cattiva volontà, si sia, in modo più o meno distorto, sottratta al dovere di ottemperanza.

Ci si è dovuti render conto tuttavia, alla lunga, del carattere formalistico della distinzione, ed è stato man mano ammesso che (a parte i casi di inerzia assoluta dell'Amministrazione) il giudizio in questione possa essere utilizzato, non solo nei casi di rifiuto esplicito, ma anche (come si esprime riassuntiva-

(55) Circa l'ammissibilità del ricorso *ex* art. 27 n. 4 nei casi di rifiuto espresso, v. già Cds, V sez., 25 aprile 1908 (GI 1908, III, 296).

mente VACIRCA (56)) nei casi di inottemperanza realizzata mediante « atti meramente preliminari », « adempimenti parziali », « atti palesemente elusivi ».

Da ultimo però il Consiglio di giustizia amministrativa per la Reg. siciliana (57) e il TAR del Lazio (58), recependo un orientamento dottrinale che nell'ultimo ventennio si è venuto sempre più affermando (e che fin dall'origine mi trova dalla sua parte) (59), hanno ritenuto di dovere finalmente far cadere ogni barriera nei confronti dell'inottemperanza realizzata attraverso provvedimenti pretesamente adempitivi in contrasto col giudicato. Per esigenze di funzionalità (scrivevo molti anni fa (60)) all'unitarietà del giudizio *ex* art. 27 n. 4 (che si è voluto, per evidenti ragioni, più snello e fluido) è stata sacrificata ogni altra esigenza (e quindi — una volta che quel giudizio è stato esteso ai casi di inottemperanza ai giudicati amministrativi — anche la regola che contro gli atti amministrativi occorra procedere in via di impugnazione): sicché l'oggetto e il contenuto della pronuncia *ex* art. 27 n. 4 possono essere di volta in volta diversi (come confermano del resto i casi in cui il processo in questione viene utilizzato nei confronti degli atti amministrativi elusivi del giudicato): essi possono riguardare non solo l'emanazione, ma anche l'annullamento di un provvedimento; la creazione, l'estinzione, la restaurazione di un rapporto; e via dicendo.

22. Quanto poi al punto limite delle conseguenze derivanti dalla sentenza da attuare, al quale è possibile estendere l'azione *ex* art. 27, n. 4, l'argomento rimane complesso e difficile, al di là delle poche precisazioni che tentai al riguardo nel convegno di Napoli del 1960, evidenziando l'esigenza del carattere necessario, specifico, immediato e attuale della conseguenzialità tra giudicato e obbligo dell'Amministrazione (61). Lo stesso

---

(56) *Giudizio di ottemperanza e provv. sopravvenuti*, FA 1981, I, 1°, 379, con riferimenti giurisprudenziali.

(57) Sent. 25 febbraio 1981, n. 1.

(58) Sez. II, 6 maggio 1981, n. 336 e 3 giugno 1981, n. 483.

(59) Indicazioni in VACIRCA, *loc. cit.*

(60) *Il giudizio davanti al Cons. di Stato*, 1963, 174.

(61) *Atti*, cit., 52 sgg.

Nigro, che nel recente convegno di Varenna ha dedicato al nostro argomento una relazione di notevole impegno, ha dovuto dichiararsi rassegnato alla impossibilità di fare, in sede teorica, ulteriori passi avanti, e appagarsi dell'affermazione che la « regola della ripristinazione » è « una regola elastica, l'interezza del cui contenuto si definisce normalmente solo successivamente al giudicato » (62).

23. Uno dei punti incerti può apparire se il rimedio in questione possa essere utilizzato anche quando il ricorrente ponga in discussione la legittimità del modo in cui l'Amministrazione abbia fatto uso del potere discrezionale di scelta tra una serie di legittimi modi di adempiere. Ma riterrei che esso vada risolto in senso positivo.

24. Contro l'espansione del giudizio di ottemperanza ai casi nei quali l'inottemperanza consiste nell'emanazione di un atto amministrativo inappropriato non potrebbe farsi valere il semplice fatto che l'art. 90 reg. proc. CdS dispone che il ricorso può essere proposto « non prima di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in mora di provvedere », e neppure il fatto che laddove vi sia un atto amministrativo non può rimanere inosservato il termine di decadenza di sessanta giorni assegnato per l'impugnativa dall'art. 21, legge 1034.

Quanto alla messa in mora prescritta dall'art. 90 reg. proc. (che non può essere accomunata a quella occorrente nei casi di comportamenti omissivi perché il silenzio possa assumere il valore legale di rifiuto) va osservato che — come già da epoca remota la giurisprudenza ha rilevato (63) — essa, ovviamente, non è applicabile ai casi nei quali l'inottemperanza sia stata realizzata attraverso un atto.

Quanto poi all'esigenza di osservare a pena di decadenza, — anche nei casi di atti ottemperanti nella forma ma non nella sostanza —, il termine comunemente assegnato per l'impugnazione degli atti amministrativi, è da ritenere, sì, che essa effet-

---

(62) *Il giudicato amm.*, cit., n. 4/*a*.

(63) V. le sentt. Cds, V sez., 25 aprile 1908 (GI 1908, III, 296) e 31 gennaio 1948, n. 78.

tivamente sussiste (e che perciò il termine ha da valere già nei casi — nei quali il rimedio dell'art. 27 n. 4 viene solitamente ammesso — di provvedimenti palesemente elusivi del giudicato); né appare adducibile contro di essa la disparità di trattamento, indubbiamente esistente sotto il profilo in esame, dei casi di inottemperanza inattiva rispetto a quelli di inottemperanza attiva: nel secondo caso c'è, a « far diritto » (e a suscitare certezza giuridica), un atto amministrativo con la sua carica di imperatività, nel primo non c'è nulla: perciò la disparità di regime ha una sua ragion d'essere.

Tutto questo, se comporta, a mio avviso, che nei casi in esame va pur sempre osservato, nel ricorso, il termine di decadenza prescritto per l'impugnazione degli atti amministrativi, non esclude però che il ricorso debba esser proposto nelle forme proprie dei giudizi *ex* art. 27 n. 4, e dunque, tra l'altro, senza onere di indicare questo o quel vizio dell'atto, essendo sufficiente denunciare l'avvenuta inottemperanza (64), ed essendo il giudice libero di scegliere la soluzione appropriata, indipendentemente dal contenuto della domanda (65). Nei casi in questione vanno osservate cioè così la regola per cui il ricorso non può esser proposto quando più non « duri l'azione di giudicato » (essendo trascorso il termine di prescrizione decorrente dal momento di formazione della cosa giudicata), come la regola per cui l'atto amministrativo non può esser più contestato dagli amministrati davanti al giudice quando sia diventato inoppugnabile per esser trascorso il termine di sessanta giorni dal momento in cui esso sia entrato nei modi previsti dalla legge nella sfera di conoscibilità del destinatario.

25. Ribadito il convincimento, non solo della possibilità, ma della necessità di utilizzare il rimedio di cui all'art. 27, n. 4 T.U. CdS in tutti i casi di atti amministrativi attraverso i quali l'Amministrazione si sia sottratta al dovere di ottemperanza ai giudicati, occorre peraltro ricordare altresì che il giudizio *ex* art. 27, n. 4, riflettente l'azione diretta ad « ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi,

---

(64) Cds, a.p., 14 luglio 1978, n. 23.

(65) Cfr. NIGRO, *Sulla nat. giur. del processo*, cit., 284 sg., e *Il giudicato*, cit., n. 9/*b*; VERDE, *op. cit.*, 660.

per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato », interessa soltanto l'ipotesi in cui, in conseguenza della sentenza passata in giudicato, è necessario — in positivo o in negativo — un comportamento *attuativo* dell'Amministrazione in diretto e immediato rapporto con la sentenza. Non interessa invece le ipotesi in cui venga in questione semplicemente l'obbligo di « osservanza » del giudicato, e cioè l'obbligo di *non* porre in essere in futuro atti in contrasto col contenuto delle statuizioni del giudicato (66). Gli atti di quest'ultima specie, illegittimi per violazione di legge (art. 2909 c.c.), sono giustiziabili solo attraverso il comune ricorso di impugnazione regolato dall'art. 21 legge 1034 (67). Per tale via dovrebbe agire, p. es., la parte resistente in un giudizio concluso con l'affermazione della legittimità dei criteri di massima adottati dalla commissione giudicatrice di un concorso, per far dichiarare illegittima e caducare la successiva deliberazione che avesse modificato i criteri stessi nel senso sostenuto in quel giudizio dalla parte ricorrente rimasta soccombente: qui non si tratterebbe infatti di porre in essere gli atti occorrenti per portare da attuazione il giudicato, ma solo di prestare osservanza al contenuto di esso (e cioè di non discostarsene, di non violarlo).

---

(66) Sulla distinzione v. ancora *Il giudizio davanti al Cons. di Stato*, cit., 170.

(67) Cfr. anche GIANNINI e PIRAS, *Giurisdizione amm. e giurisdizione ord. nei confronti della pubbl. amm.*, EdD, XIX, 264.