

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

FONDAZIONE PIERO CALAMANDREI

diretta dai Proff. CARLO FURNO, GIAN ANTONIO MICHELI, ALESSANDRO RABELLI

2

ALBERTO ROMANO

Dono Antolucci

LA PREGIUDIZIALITÀ
NEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO



16 $\frac{330}{608}$
Handwritten scribbles and numbers

Archivio Ministeriale
-N. 38346 -



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1958

INTRODUZIONE

1. Il fenomeno della pregiudizialità costituisce un tema assai poco approfondito nella teoria del processo amministrativo⁽¹⁾; questo argomento, infatti, è comunemente richiamato, peraltro in modo abbastanza fuggevole, solo in sede di esposizione del contenuto normativo dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato⁽²⁾, che detta la disciplina della risoluzione delle questioni pregiudiziali, sorte nel corso del processo amministrativo, le quali abbiano per oggetto diritti soggettivi.

Questa ristretta impostazione costituisce, di per sè, una limitazione, di grave portata, apposta all'indagine relativa alla pregiudiziale nel processo amministrativo; ma essa, purtroppo, non è l'unico ostacolo che si frappone ad una completa visione del complesso fenomeno: infatti, la disciplina contenuta nell'art. 28, prima citato, è riguardata precipuamente solo da un punto di vista ben individuato: quello che attiene alla determina-

(1) È noto come la nozione di processo amministrativo non sia intesa allo stesso modo da tutti gli amministrativisti, giacchè non sempre con essa si fa riferimento agli stessi processi; tale nozione ricomprende sicuramente i processi che si svolgono davanti alle Giunte provinciali amministrative e al Consiglio di Stato; più dubbie appaiono le ipotesi dei processi davanti al Tribunale superiore delle acque pubbliche e alla Corte dei Conti, a tacere, inoltre, di alcuni casi di giurisdizioni speciali (v., sul tema, i rilievi di BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953, pag. 2, 3); senza entrare in una questione metodologica, la quale, del resto, non è che il riflesso di gravi problemi di carattere sostanziale, si avverte fin dall'inizio del presente lavoro, che, nel corso di questo, l'espressione « processo amministrativo » non ha un valore tecnico, ma è solo una locuzione di comodo, la quale si riferisce al solo processo davanti alle Giunte e al Consiglio di Stato; a quel processo, cioè, la cui disciplina appare veramente unitaria.

(2) E, naturalmente, degli analoghi artt. 30, dello stesso testo unico, e 3 e 5 del testo unico delle leggi sulla Giunta provinciale amministrativa.

zione del giudice competente a risolvere le questioni pregiudiziali indicate: perciò, la norma è valutata pressochè esclusivamente in ordine alla discriminazione di giurisdizione tra il giudice amministrativo, davanti a cui si celebra il processo che qui interessa, e il giudice ordinario, che sarebbe normalmente competente a conoscere delle questioni vertenti su diritti, ove esse fossero sollevate in via principale. Questo orientamento è comune sia alle poche pagine che di solito vengono riservate all'argomento nelle trattazioni di carattere generale, come alle monografie, assolutamente sporadiche, che concernono tale oggetto specifico⁽⁷⁾; ma esso lascia in ombra i profili del tema della pregiudizialità di maggiore rilievo: come si vedrà meglio in seguito, il problema della competenza finisce con essere, in definitiva, un aspetto di secondaria importanza dell'argomento qui esaminato, e, comunque, i suoi lineamenti sono meramente consequenziali rispetto ad impostazioni di più vasto respiro.

Non sembra che si possa in alcun modo giustificare la marcata trascuratezza che l'argomento della pregiudiziale ha trovato nella dottrina del processo amministrativo: una approfondita elaborazione del tema, infatti, da un lato postula un completo ripensamento di alcuni dei punti fondamentali della teoria dell'intero processo amministrativo, dall'altro costituisce essa stessa un elemento di fondamentale importanza per un affinamento di tale teoria. La migliore dimostrazione della rilevanza delle implicazioni che, sotto questo profilo, comporta una analisi non superficiale dell'istituto, dovrebbe discendere dallo svolgimento del presente lavoro; comunque, prima ancora di iniziare tale svolgimento, sembra opportuno accennare immediatamente ad una serie di rilievi, i quali indichino i profili, sotto cui l'attuale stato della dottrina è maggiormente insoddisfacente; essi, poi, sono gli

(7) Cfr.: GRANTO, *Della competenza a decidere le questioni pregiudiziali o incidentali di diritto soggettivo sorte davanti l'autorità giurisdizionale amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 534 ss.; SALAMI, *La pregiudiziale penale amministrativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 97 ss.; cfr. anche, dello stesso SALAMI: *La pregiudiziale amministrativa nel processo penale*, ivi, 1924, I, 319 ss.

stessi che occorre tener presente per ogni tentativo ricostruttivo.

Si può senz'altro partire dal già citato art. 28: il suo contenuto normativo, come è noto, consta anzitutto della emancipazione di due principi generali: l'attribuzione di competenza al giudice amministrativo per la soluzione di questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti soggettivi perfetti, le quali siano sorte nel corso del processo amministrativo; e l'esclusione dell'acquisto della forza di giudicato da parte di tali soluzioni. Seguono poi alcune eccezioni alla prima regola.

Può sembrare che questa norma, nella semplicità della sostanza del suo dettato, sia di una chiarezza di tutto riposo, e che perciò nè la sua applicazione dia luogo a problemi di esegesi, nè la sua sistemazione nei lineamenti del processo amministrativo generi problemi di inquadramento dogmatico. E proprio questa impressione, se fosse esatta, giustificherebbe completamente il già rilevato disinteresse della dottrina per il tema in esame: da ciò l'opportunità di queste osservazioni preliminari, volte a fugarla.

Limitando un primo ordine di considerazioni alla sola lettera della disposizione, si può notare come la terminologia legislativa sia incerta e tecnicamente non precisa: l'art. 28 indica l'oggetto, cui si deve applicare la disciplina in esso contenuta, facendo riferimento a questioni che definisce come pregiudiziali o incidentali ossia la legge distingue terminologicamente accanto alla categoria delle questioni pregiudiziali, quella delle questioni incidentali, per sottoponendole ambedue alla stessa disciplina sostanziale. Questa duplicazione costituisce un ostacolo alla individuazione dell'oggetto di tale disciplina, giacchè se è possibile attribuire un significato tecnicamente preciso alla nozione di questione pregiudiziale, non altrettanto è possibile per quel che riguarda il concetto di questione incidentale.

Un primo rilievo concerne la improprietà del riferimento del carattere della incidentalità alle questioni: non è che una

questione sia o meno incidentale, ma, al contrario, essa può essere decisa *principaliter* oppure *incidenter tantum*, secondo che costituisca l'oggetto immediato o mediato della cognizione del giudice; come effetto normale di questa distinzione, si ha che nel primo caso la soluzione data acquista forza di giudicato, mentre nel secondo caso la sua efficacia è limitata all'ambito della sola controversia nella quale è sorta.

L'espressione legislativa deve perciò essere corretta nel senso di scegliere la locuzione: *questione incidentale*, nell'altra, più esatta: *questione decisa incidentalmente*. D'altra parte, le questioni pregiudiziali, in quanto tali, sono, per definizione, decise incidentalmente; si profila allora la seguente alternativa: o la legge, riferendosi alla soluzione incidentale, ha inteso richiamare il modo di decisione delle questioni pregiudiziali, e in questo caso la dizione testuale si risolve in una tautologia, in quanto il carattere di incidentalità della decisione è già implicitamente richiamato nella nozione stessa di *questione pregiudiziale*, e, in ogni caso, non avrebbe senso una contrapposizione tra *questione pregiudiziale* e *questione decisa incidentalmente*, oppure ha inteso disciplinare come le questioni pregiudiziali, altre questioni le quali pregiudiziali non sono, ma che pure, come queste, vengono decise incidentalmente (*).

In sede di osservazioni preliminari, non è necessario approfondire ulteriormente il punto: è sufficiente qui rilevare come già la formulazione testuale dell'art. 28 denunci chiaramente la necessità di una precisazione di quella categoria di questioni, cui va riferita la disciplina del fenomeno della pregiudizialità. Ciò trova una immediata conferma, ove si osservi che nella stessa norma citata si richiama l'incidente di falso; questa denomina-

(*) Se la espressione impiegata dal legislatore deve essere valutata come un riferimento alla teoria, secondo la quale la questione pregiudiziale dovrebbe essere considerata come un incidente processuale, non si può fare a meno di osservare che tale teoria non è accettabile; v., in proposito, i rilievi di Fossano, *La pregiudizialità nel processo civile*, Milano 1962, pag. 82 ss.

zione dell'istituto, il quale, nel codice di procedura civile, dove è regolato, più correttamente è indicato con l'espressione: « querela di falso », mostra nettamente l'accentuazione dell'aspetto relativo alla incidentalità della sua decisione; incidentalità, peraltro, non facile a rinvenirsi, data la particolare disciplina della soluzione di tale questione. Ad ogni modo, corrispondentemente alla impostazione legislativa, le trattazioni a carattere generale del processo amministrativo parlano della querela di falso nella sede materica propria del c.d. incidenti che insorgono nel corso del giudizio amministrativo; si ritornerà successivamente sul tema, anche per rilevare la inconsistenza di una categoria di incidenti processuali, la quale dovrebbe riunire istituti tra loro assai disparati; si vuole solo notare, qui, come in tal modo si venga a perdere quel collegamento tra querela di falso e teoria della pregiudiziale il quale, benchè discusso, è affermato dalla migliore dottrina civilprocessualistica.

Ma anche sotto diverso profilo l'esegesi dell'art. 28 presenta ulteriori difficoltà: infatti, le enunciazioni dei principi generali contenuti in tale norma sembrano, a prima vista, riferirsi alle questioni pregiudiziali, le quali insorgono nel corso della decisione del c.d. *meritum causae*, ossia, come poi si vedrà, quelle che sono le vere questioni pregiudiziali, in senso tecnico; ma, successivamente, nella enumerazione delle eccezioni al criterio dell'attribuzione di competenza al giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali su diritti soggettivi, la legge richiama le questioni inerenti alla capacità a stare in giudizio, ossia delle questioni le quali, tecnicamente, appartengono alla categoria delle questioni c.d. meramente processuali. In tal modo rimane obliterata quella distinzione tra questioni pregiudiziali di merito e questioni di rito la quale costituisce uno dei pochissimi punti fermi della dottrina civilprocessualistica sull'argomento della pregiudizialità; e la distinzione in parola non è di poco momento, giacchè ad essa si ricollegano alcuni problemi dogmatici di ampio respiro, i quali incidono profondamente sulla intera impostazione della

teoria della pregiudiziale; non solo, ma anche a prescindere dal profilo puramente sistematico, tale distinzione si riflette su una diversità della disciplina positiva, relativamente alla efficacia della decisione delle questioni dei due gruppi, almeno secondo l'orientamento della dottrina civilprocessualistica di gran lunga dominante.

L'indicazione dei punti, relativamente ai quali l'esegesi dell'art. 28 sulla base della formulazione legislativa, si presenta più malagevole, potrebbe ancora proseguire: per esempio, si potrebbero svolgere ulteriori considerazioni sulla improprietà della espressione: questioni relative a diritti, dal momento che essa si riferisce anche a questioni aventi per oggetto figure giuridiche come lo stato e la capacità dei privati individui, che certamente non possono essere ricomprese nella nozione di diritto soggettivo.

Ma converrà fermarci qui: infatti, i rilievi precedentemente svolti, indubbiamente, non possono non essere limitati ad un piano del tutto generico, sia per il loro carattere preliminare, come per il loro oggetto, che è costituito dalla sola lettera della disposizione legislativa; ma, malgrado ciò, essi confluiscono in una unica direzione: essi indicano, cioè, come le prime (e principali) difficoltà di esegesi dell'art. 28 sorgano in sede di determinazione di quello che è il campo di applicazione di tale norma: è lo stesso fenomeno della pregiudizialità che, in ultima analisi, deve essere definito e puntualizzato.

L'art. 28 può dire, esplicitamente, che possa servire ad individuare i caratteri della pregiudizialità; esso, anzitutto, si riferisce espressamente ad una sola delle forme con cui il fenomeno della pregiudizialità si manifesta, ossia la questione pregiudiziale; ma, anche limitandoci solo a questa, si deve rilevare come essa sia richiamata in contrapposizione alla c.d. questione principale, contrapposizione che, se da un lato è ovvia, dall'altro non costituisce uno spunto costruttivo di apprezzabile rilevanza per la delimitazione della nozione che ci interessa.

Sia ben chiaro che questo rilievo non vuole costituire una constatazione di una insufficienza legislativa: la definizione del fenomeno della pregiudizialità è cosa la quale, per le gravi implicazioni dogmatiche che l'argomento comporta, deve essere strettamente riservata all'interprete, e, perciò, bene ha fatto il legislatore a limitarsi a dettare la concreta disciplina dell'istituto. Solo, si vuole dire che l'esegesi dell'art. 28 richiede una analisi che deve essere condotta su un piano ben diverso da quello su cui normalmente ci si mantiene.

Va da sé, inoltre, che questa impostazione anche per altro verso deve essere più ampia di quella usuale: si è già notato come la pregiudiziale nel processo amministrativo, forse per suggestione dell'art. 28, che è l'unica disposizione espressa sull'argomento, sia ricordata solo a proposito delle questioni relative a diritti soggettivi; questo orientamento potrebbe far credere che il fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo si esaurisca nel solo ambito di questo; è ovvio, invece, che nel processo amministrativo possono sorgere questioni pregiudiziali aventi gli oggetti più disparati, e quelle relative a diritti soggettivi sono senz'altro una netta minoranza. Ora, la definizione del fenomeno della pregiudizialità, così come è stata prospettata in relazione alle implicazioni dogmatiche cui prima si è alluso, non può non essere condotta avuto riguardo a tutte le questioni pregiudiziali che possono sorgere nel corso del processo amministrativo.

Quali siano queste implicazioni dogmatiche, è presto detto: anticipando una considerazione, che poi sarà adeguatamente svolta e motivata, si può fin da ora notare come la pregiudizialità possa essere definita solo nei confronti della nozione di oggetto del giudizio; non solo, ma per un aspetto della disciplina della pregiudiziale, il quale, peraltro, è strettamente conseguente alla contrapposizione indicata, la delimitazione della pregiudiziale stessa investe direttamente il problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata.

È evidentemente superfluo ogni richiamo al travaglio dot-

trinale relativo a questi due temi; travaglio che è perfettamente giustificato, giacché essi costituiscono veramente i due punti cruciali dell'intera teoria del processo amministrativo, come, del resto, di ogni altro tipo di processo; e su di essi, perciò, si riflette necessariamente ogni difficoltà inerente alla costruzione relativa.

La teoria della pregiudizialità non può essere delineata, se non collegando ogni soluzione della ricca problematica che il tema offre, con gli orientamenti che si accolgono intorno ai punti cruciali richiamati; in questo senso, e per queste ragioni, la costruzione della teoria della pregiudizialità incide in larga misura, o, se si vuole, è in larga misura condizionata, dalla costruzione dell'intera teoria del processo; e in queste implicazioni sta la grande difficoltà del tema, ma anche il suo alto interesse.

2. Questi, i motivi che consigliano, ci sembra, un approfondimento dell'argomento della pregiudiziale.

In queste considerazioni di carattere preliminare, è però opportuno non solo accennare alle ragioni che ci hanno spinto ad intraprendere il presente lavoro, ma anche dare un sommario conto del metodo che si seguirà nel corso del suo svolgimento; infatti, mai come in uno studio dedicato alla pregiudiziale nel processo amministrativo, l'esigenza di una rigorosa linea metodologica si sente più vivamente.

Le circostanze che fanno avvertire maggiormente il problema del metodo sono ben note.

Anzitutto, la teoria del processo amministrativo come tipo autonomo di processo⁽¹⁾ è tutta (o quasi tutta) da fare: alcune recenti, complete monografie, come quella di BENVENUTI, costi-

(1) Per rilievi sull'autonomia del processo amministrativo, rispetto al processo civile e a quello penale, v. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 4, 17; v. anche, a pag. 108, ulteriori considerazioni nello stesso senso, concernenti, in particolare, i caratteri dell'istruzione probatoria.

tuiscono dei notevolissimi approfondimenti di singoli istituti, i quali, però, non possono non fare maggiormente risaltare la generale carenza di elaborazione del processo amministrativo nel suo complesso. Né possono evidentemente portare un grande contributo in questo stesso senso le trattazioni generali di giustizia amministrativa: per il loro carattere medesimo, infatti, queste non possono scendere ad una dettagliata indagine del processo amministrativo. Senza contare, inoltre, che anche nelle migliori di queste trattazioni, è possibile rinvenire un tratto comune: ossia, che il fenomeno processuale è guardato con occhi troppo abituati a studiare il diritto sostanziale, al punto da avvertirsi talvolta, tra le righe, una valutazione di mera accessorialità attribuita alla dottrina del processo stesso. E, sotto questo profilo, non è fuor di luogo osservare come l'esposizione di giustizia amministrativa che senz'altro è la più suggestiva della nostra letteratura, e che pure contiene la descrizione più aderente alla realtà del processo amministrativo, presenti ciò nonostante il suo maggiore interesse per l'originalissima impostazione dei rapporti di carattere sostanziale tra privato e Amministrazione.

Comunque sia, è certo che la dottrina del processo amministrativo, al suo stato attuale, non è in grado di dare con sufficiente tranquillità i lineamenti delle nozioni cruciali del processo, a cominciare dai temi che, come si è detto, sono in larga misura implicati con quello della pregiudiziale.

Ciò è vero per la nozione di oggetto del giudizio, e ne sono prova le dispute ancora oggi vive su tale argomento: ma è da aggiungere che queste dispute colgono un profilo del problema, il quale non è quello che maggiormente interessa in questa sede: la dottrina è pervenuta ad un notevole grado di analisi dell'argomento, senza, peraltro, trovare un punto di accordo, solamente per quel che riguarda il collegamento dell'oggetto del giudizio con una situazione giuridica di carattere sostanziale, e cioè, concretamente con l'impostazione generale dell'indagine del fenomeno processuale che si è già avuto la possibilità di rilevare.

Poco o nulla, al contrario, si è detto a proposito della ricca problematica che questa figura offre sul mero piano del processo, nei vari momenti del suo svolgimento, ed è questo l'aspetto che maggiormente interessa il tema della pregiudiziale, intesa come un fenomeno meramente processuale.

Una situazione non troppo dissimile, poi, si ha anche a proposito dell'altro punto di fondamentale importanza: il problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata; anche di tale tema la dottrina si è molto occupata, senza, peraltro, trovare un accordo; ma anche tale tema è stato prevalentemente valutato sotto un solo profilo: quello attinente alla individuazione, nella sua sostanza, e al di là della sua forma, dell'atto sottoposto ad annullamento. Ora si può osservare come i limiti dell'oggetto dell'annullamento non esauriscono i limiti obbiettivi del giudicato, se si riferisce quest'ultimo all'accertamento che fa stato tra le parti ai sensi dell'art. 2909 cod. civ.; non solo, ma ove si colleghi, secondo l'impostazione tradizionale, la forza di giudicato all'accertamento compiuto dall'organo giurisdizionale, i limiti dell'annullamento dell'atto dovrebbero, a rigore, essere mantenuti nettamente distinti dai limiti obbiettivi del giudicato stesso.

Ad ogni modo, qualunque siano i motivi, è certo che l'attuale stato della elaborazione della teoria del processo amministrativo, così lontana dalla maturazione nei suoi punti cruciali, non può offrire come sicuri quei dati, quelle nozioni, di cui, come si è detto, è necessario tener conto volendo delineare la teoria della pregiudiziale; ciò senz'altro aumenta l'interesse di una indagine dedicata a questo argomento, perchè la teoria della pregiudiziale non può essere dedotta, come applicazione, da concetti sicuramente ricavati aliunde, ma, al contrario, si pone nei confronti di questi in un rapporto di reciproco condizionamento e di mutuo scambio.

Ma la questione del metodo da seguire nell'indagine che ci accingiamo a svolgere, è resa acuta, e complicata, anche da altra circostanza: e cioè dalla notevolissima elaborazione di figure e

di nozioni cui attualmente è pervenuta la dottrina del processo civile.

È ovvio che lo studioso del processo amministrativo non può non tener conto di tale elaborazione, ma al contrario ne deve far tesoro per progredire più rapidamente, e per evitare di raggiungere dopo molte fatiche dei dati, che altrove costituiscono già dei punti fermi.

Si pone così, per l'amministrativista, un problema di utilizzazione dei concetti elaborati dalla dottrina del processo civile, problema assai complesso e che, in ogni caso, non può essere risolto sulla base di una mera trasposizione di nozioni.

Anzitutto, non si può rinunciare a priori ad una valutazione critica dei singoli schemi mutuati, e tale valutazione in tanto può riuscire più feconda, in quanto l'amministrativista apporta la esperienza derivante da un tipo di processo così interessante come quello amministrativo; il che, tra l'altro, costituisce anche un notevolissimo contributo per la costruzione di quella teoria generale del processo la quale al momento attuale appare possibile, e assai proficua sia sul piano scientifico come su quello pratico (*).

È ovvio, peraltro, che in tanto è possibile mutuare dalla dottrina del processo civile nozioni da questa studiate, per applicarle a processi di altro tipo e, in particolare, al processo amministrativo, in quanto tali nozioni abbiano una portata che trascende, o almeno, adeguatamente elaborate, possa trascendere l'ambito del solo processo civile.

Il che vale quanto dire che i concetti civilprocessualistici possono, di per sé, essere applicati al processo amministrativo

(*) Il tema ha storia di recente, sia pure sotto diversi aspetti, l'attenzione di studiosi del processo; particolarmente notevoli i riferiti studi da CERRE, sulle difficoltà della conclusione di principi generali, i quali non valgono solo nell'ambito di un unico tipo di processo (Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano, in Riv. it. dir. proc. pen., 1958, pag. 239 ss.); d'altro canto, FALCANTO ha considerato i problemi che sono messi di fronte alla dottrina, dall'espandersi degli schemi propri del processo, anche al di fuori delle materie tradizionalmente comprese nel diritto processuale (Diffusione del processo e compiti della dottrina, in Riv. scia. dir. proc. civ., 1958, pag. 361 ss.).

solo finchè la disciplina positiva di questi due tipi di processo coincida; quando questa coincidenza non si verifica, allora è necessaria una selezione di quei caratteri del concetto che si vuole mutare, volta ad individuare gli aspetti di esso adeguabili anche al processo amministrativo, e, in un secondo tempo, è necessario esaminare se tale concetto, così ridotto, abbia ancora una sua propria ragion d'essere; nell'ipotesi affermativa, si sarà allora pervenuti a delineare una nozione, la quale ha una validità generale per il processo civile come per quello amministrativo e che poi sarà ulteriormente caratterizzata, nell'ambito di ciascuno di questi due tipi di processo, attraverso il suo arricchimento con gli elementi propri di ognuno di essi; nell'ipotesi negativa si sarà invece constatata una relativa incomunicabilità, nel caso esaminato, tra processo civile e processo amministrativo.

Questa opera di valutazione e di adattamento deve necessariamente essere basata sul dato positivo; ora, come è a tutti noto, la disciplina del processo amministrativo è ben diversa da quella del processo civile. Il processo civile è un processo su azione, mentre questa, almeno se intesa in senso concreto, sembra mancare nel processo amministrativo; il processo civile ha per oggetto una situazione giuridica soggettiva, mentre il processo amministrativo ha per oggetto, almeno secondo la dottrina attualmente dominante, la legittimità dell'atto impugnato; il processo civile è introdotto con la citazione rivolta alla controparte, il processo amministrativo è introdotto con il ricorso rivolto al giudice; la teoria del processo civile è modellata con assoluta prevalenza tenendo conto della particolare disciplina del processo di condanna, e cioè di quel tipo di processo che storicamente si è affermato per primo, il processo amministrativo è un processo costitutivo; il giudice nel processo civile è veramente del tutto estraneo alle parti, mentre nel processo amministrativo, malgrado la sua assoluta imparzialità, si trova sempre nel seno della stessa organizzazione amministrativa; e da ciò derivano

alcuni tratti caratteristici della disciplina del processo amministrativo, quale quello, in primo luogo, che attiene alla regolamentazione della istruzione probatoria; la teoria del giudicato nel processo civile, come già si è osservato, è modellata prevalentemente sugli schemi dell'accertamento, mentre quella del processo amministrativo risente maggiormente della nozione di limite dell'effetto costitutivo della sentenza.

E, soprattutto, il processo amministrativo, assai più di quello civile, è permeato dall'interesse pubblico; non da quell'interesse pubblico che è sempre presente in ogni manifestazione del fenomeno processuale in quanto tale, e, quindi, anche nel processo civile, perchè è pubblico l'organo che rende giustizia, e perchè è pubblica la funzione di rendere giustizia almeno secondo la concezione civilprocessualistica attualmente dominante. Si vuole invece alludere a quell'altro interesse pubblico, che non si manifesta direttamente nel processo, ma che domina anzitutto il diritto sostanziale che è oggetto del processo; e come conseguenza di questa profonda diversità tra il processo civile e il processo amministrativo, si può, per esempio, ricordare, tra le tante, la circostanza che le parti private, almeno normalmente, hanno la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive e degli interessi sottostanti, che fanno valere nel processo, mentre tale disponibilità non ha, almeno in linea di massima, la pubblica Amministrazione.

In definitiva, le differenze di disciplina del processo amministrativo rispetto al processo civile, non concernono solo questo o quell'istituto, singolarmente considerato, ma sono assai più profonde: esse investono il fenomeno processuale nella sua totalità, a cominciare dal cruciale rapporto che intercorre tra processo e diritto.

Per quel che si è detto prima, tutto ciò non preclude in toto, almeno a priori, l'utilizzazione della elaborazione civilprocessualistica in sede di costruzione della teoria del processo amministrativo: ma obbliga l'interprete ad una continua opera di

adattamento; anzi, di correlazione di prospettive dei singoli concetti mutuati, in corrispondenza della differenza di prospettiva dell'intero processo.

Data l'attuale stato della dottrina del processo civile e di quella del processo amministrativo, sembra che la misura del successo di ogni indagine volta in particolare a quest'ultimo, sia data dalla stessa misura con cui si è riusciti a conciliare due principi, solo apparentemente contraddittori: la massima utilizzazione della elaborazione della teoria del processo civile, con il massimo rispetto dell'autonomia e della proprietà di caratteristiche del processo amministrativo. Questa conciliazione si deve necessariamente tradurre nella costruzione generale di una teoria del processo (civile e amministrativo), e nella individuazione del *proprium* di ciascuno di questi due tipi di processo.

Nello svolgimento del presente lavoro, si è cercato di tenere costantemente conto di questa che pare la corretta impostazione del problema del metodo.

Ciò, tra l'altro, sembra che possa essere rilevato anche dallo stesso schema del lavoro: nella prima parte di esso si è tentato di sviluppare i lineamenti della pregiudiziale su un piano generale; è vero che è larghissimo il ricorso a schemi tratti dalla dottrina del processo civile, come pure si sono frequentemente proposti esempi civilprocessualistici; e, infine, si è tenuto il massimo conto degli autori e della giurisprudenza relativa; ma ciò è dovuto unicamente alla assoluta prevalenza della elaborazione della dottrina del processo civile rispetto a quella del processo amministrativo, e, ad ogni modo, si è cercato di non rinunciare mai ad una valutazione critica della prima alla luce della esperienza del secondo.

Nella seconda parte del presente lavoro, poi, si è trattata in particolare la pregiudiziale nel processo amministrativo: in tale parte non si deve vedere l'adattamento al processo amministrativo di schemi e concetti mutuati dalla dottrina del processo civile, ma piuttosto l'applicazione ad un particolare tipo di pro-

cesso, di concetti, i quali hanno di per sé una portata generale. In questa stessa seconda parte troverà la sua sede naturale l'analisi delle questioni speciali che sorgono nel processo amministrativo a proposito della pregiudiziale, e l'esegesi dettagliata dell'art. 28 più volte citato.

3. Infine, date le possibilità di utilizzare la elaborazione della dottrina del processo civile che si è cercato di mettere in luce, non sarà inopportuno indicare immediatamente quelli che sono i tratti più importanti della evoluzione di tale dottrina sul tema della pregiudiziale.

Malgrado la grande importanza di questo argomento, anche la letteratura civilprocessualistica relativa è assai scarsa.

Recentemente, si sono avuti solo lavori che non superano le dimensioni di note a sentenze⁽⁷⁾; essi, perciò, non possono avere la portata di complete esposizioni del tema, per quanto il loro valore trascenda di parecchio la mole indicata; tale importanza si ricollega precipuamente alla autorità degli studiosi cui sono dovute, e alla originalità delle loro impostazioni; queste impostazioni, infatti, costituiscono, come si vedrà, degli interessantissimi indici di una tendenza di revisione della dottrina anteriore, e contengono degli spunti ricostruttivi di molta rilevanza.

Per trovare una esauriente trattazione dell'argomento della pregiudiziale si deve risalire molto indietro nel tempo, fino al 1904, anno, cioè, in cui apparve quella che poi è rimasta, al meno fino ad ora, l'unica monografia di lingua italiana di ampio respiro sul tema: « *La pregiudiziale nel processo civile* » di MENESTRINA⁽⁸⁾.

(7) Cfr. soprattutto: CARLUCCI, *In tema di accoglimento incidentale*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, II, 37 ss.; SARTI, *Accoglimenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Ann. dir.*, 1947, I, 22 ss.; e *Nuove riflessioni sugli accoglimenti incidentali*, *ibid.*, 1948, I, 64 ss.; MONTANARI, *In tema di accoglimento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 129 ss.

(8) Vienna, 1904; l'argomento della pregiudiziale, comunque, era molto

Si tratta di un lavoro che posteriormente fu considerato come un contributo dottrinale di importanza decisiva⁽⁷⁾; e in realtà questa valutazione appare sostanzialmente esatta, perchè in esso la problematica inerente all'argomento della pregiudizialità è già chiaramente impostata, così come è compiutamente delineato, anche con notevole precisione di dettagli, lo schema generale dell'istituto.

Il valore del lavoro del MENESTRINA aumenta poi considerevolmente, ove si consideri lo stato della dottrina sulla base della quale egli scriveva: in tale fase di evoluzione dottrinale mancava una compiuta delimitazione dei concetti connessi col tema, sulla quale il MENESTRINA si potesse basare; e anzi, a tale delimitazione, che è opera della dottrina posteriore, la monografia del MENESTRINA ha portato un contributo talvolta decisivo.

Inoltre, le soluzioni adottate dal MENESTRINA appaiono tra loro organicamente connesse, sì che tutto il lavoro può essere considerato nelle sue linee principali come una sistemazione dogmaticamente soddisfacente dell'argomento; il disegno generale dell'istituto che ne risulta è infine di una modernità notevole. La quale spiega anche la grande influenza che la monografia ebbe sulla dottrina posteriore.

Questa, infatti, in Italia, ha accolto completamente la teoria del MENESTRINA, che fino in tempi recenti è rimasta indiscussa; essa fu anche recepita in toto nel sistema chiovendiano,

dibattuta fin dal diritto romano e intermedio; per casi storici v.: FASCINO, *Le pregiudizialità*, cit., pag. 1 ss.

In tempi più recenti, sono comparse due ampie monografie dedicate all'argomento della pregiudizialità; l'una, è quella, già citata, di FASCINO, che riguarda la pregiudizialità nel processo penale; la seconda è quella di CAVALLARI, che si riferisce al processo civile, ma che concerne la sola categoria delle pregiudiziali costituzionali; questa, non di meno, presuppone una completa visione del fenomeno, e per tale ragione, ad essa si fanno ampi riferimenti in seguito.

(7) Cfr., per esempio, CALAMANDREI, che definisce la monografia di Menestrina come «... uno dei contributi più espliciti dati alla scienza processualistica dell'Intelletto italiano...» (*Le sentenze soggettivamente complesse, ripubblicate in: Studi sul processo civile*, vol. II, Padova 1926, pag. 219).

e soprattutto, forse pure per effetto di questa ricezione, dominò la stessa redazione del vigente codice di procedura civile, il quale, in alcune norme, e specialmente nell'art. 34, ha chiaramente accolto le impostazioni e le soluzioni relative⁽⁸⁾.

Tuttavia, proprio in sede di esegesi di tali disposizioni legislative, che, a prima vista, sembrano costituire la conferma della validità delle tesi del MENESTRINA, si è delineata quella tendenza revisionistica cui si è già accennato.

Per meglio apprezzare la portata di questa, si deve notare come la mancanza, a lungo protrattasi, di parole nuove dette direttamente sul tema della pregiudiziale non sta a significare una stasi della dottrina in proposito, o almeno su argomenti connessi: essa cela, al contrario, una elaborazione e una evoluzione su quei punti fondamentali della teoria del processo che, come si è già avuto occasione di rilevare, condizionano ampiamente i lineamenti del fenomeno della pregiudizialità, e sono ampiamente da questi condizionati: i limiti obbiettivi della cosa giudicata e, soprattutto, l'oggetto del giudizio.

Si è già notato come la precisazione di queste nozioni ad opera della dottrina posteriore abbia molto risentito degli schemi proposti dal MENESTRINA, ma d'altra parte, come è naturale, talvolta se ne è per qualche suo aspetto discostata; si comprende come, per ripercussione, debbano essere allora mutati i caratteri stessi della pregiudiziale. In questo quadro deve essere valutata la tendenza revisionistica cui si è accennato.

È chiaro, peraltro, come una esposizione che non voglia essere meramente descrittiva dello stato della dottrina del processo civile, non può evitare di saggiare la consistenza delle critiche rivolte alla classica impostazione del MENESTRINA, e degli spunti ricostruttivi proposti; per le considerazioni svolte ciò im-

(8) ANTONI, *Commento al codice di procedura civile*, 2ª ed., vol. I, Napoli 1954, pag. 113; SASSO, *Delle tutele giurisdizionali in generale*, in *Commentario al codice civile diretto da Scialoja e Bruner*, Libro VI (*Fuori dei diritti*), pag. 348.

plica anche una valutazione degli orientamenti più recenti in ordine alla delimitazione della nozione di oggetto del giudizio, e alla soluzione del problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata.

Infine, non si può qui tralasciare il rilievo concernente un ampliamento di stretta attualità di quello che era l'ambito tradizionale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità: quello conseguente all'affermazione⁽¹⁾ dell'ammissibilità dell'inquadramento negli schemi della pregiudiziale della questione di legittimità costituzionale di una legge, sollevata *incidenter tantum* nel corso di un qualsiasi processo davanti a giudici ordinari o speciali; si accennerà successivamente in modo più dettagliato alle conseguenze relative a questo ampliamento in sede di delineamento dei caratteri della pregiudiziale.

PARTE PRIMA

LA PREGIUDIZIALITÀ IN GENERALE

4. Il fenomeno della pregiudizialità è assai complesso, e si manifesta in una molteplicità di forme, distinte tra di loro, seppure reciprocamente connesse in vario modo. Tali distinzioni e rapporti saranno successivamente introdotti via via che essi risulteranno come logici sviluppi del ragionamento che verrà svolto.

Come punto di partenza di tale ragionamento, si può utilmente prendere quella forma di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, la quale è usualmente considerata: la c. d. questione pregiudiziale.

I caratteri della questione pregiudiziale, almeno su un piano relativamente superficiale, sono ben noti, e non è perciò necessario soffermarvisi a lungo: si intende per questione pregiudiziale quella questione la cui soluzione condiziona la soluzione di un'altra questione (c. d. questione pregiudicata). La pregiudizialità, quindi, si esaurisce in una relazione che lega due questioni e si qualifica, appunto, come nesso di pregiudizialità quel rapporto di antecedenza logica prima indicato.

Già da questa definizione risulta chiaro come, nello studio del fenomeno della pregiudizialità, ci si debba muovere, anzitutto, su un piano che è meramente logico: la prima definizione, quella comunemente accolta, di questione pregiudiziale è costituita, infatti, da elementi di pura logica, prescindendo da ogni valutazione di carattere tecnico-giuridico. Queste valutazioni possono essere introdotte solo mediante ulteriori precisazioni

⁽¹⁾ Cfr., soprattutto, la recente, notevole monografia di CARVALLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè 1957, e la ricca letteratura ivi citata, specie a pag. 20, nota I.

dell'accennata definizione della nozione di questione pregiudiziale.

La prima di tali precisazioni può essere svolta sulla base del rilievo che il nesso di pregiudizialità, come tale, ha col diritto solo quel legame generico che unisce il diritto medesimo con la logica, giacchè il nesso in parola è rintracciabile nell'ambito di un qualsiasi ragionamento, che si snodi in una pluralità di momenti, e avente un qualsiasi oggetto; da un lato, non si può esaminare sotto il profilo giuridico il nesso di pregiudizialità, senza previamente svolgere alcune considerazioni sui suoi caratteri, valutati da un punto di vista meramente logico; dall'altro, però, si deve notare come al giurista possa interessare solo quel nesso di pregiudizialità che si manifesta sì, nell'ambito di un ragionamento, il quale però investa il rapporto tra elementi giuridicamente rilevanti, sia pure nel più vario dei modi; varietà, questa, che risulterà chiaramente dalle considerazioni che seguono. È proprio in tale ambito di manifestazione del nesso di pregiudizialità che si profilano i gravi problemi giuridici, cui è dedicato il presente lavoro.

Non solo, ma arricchendo di ulteriori elementi giuridici il nesso di pregiudizialità, è possibile pervenire all'enucleazione di un concetto di questione pregiudiziale, il quale è più ristretto rispetto a quello deducibile su un piano meramente logico, ma presenta per il giurista una utilità maggiore.

Non è opportuno approfondire immediatamente il punto: è bene però avvertire fin da ora come tale enucleazione possa procedere solo mediante una specificazione della più ampia categoria della pregiudizialità in senso meramente logico, la quale si pone nei suoi confronti come il *genus*, la cui caratterizzazione di massima non viene scossa; ciò importa l'ovvia conseguenza che se non tutte le pregiudiziali in senso logico sono anche pregiudiziali in senso giuridico, tutte le pregiudiziali in senso giuridico sono anche pregiudiziali in senso logico. In tal modo è possibile condurre il ragionamento, per il momento, nei confronti

delle pregiudiziali in senso logico, sicuri che quel che varrà per queste, deve valere necessariamente anche per le pregiudiziali in senso giuridico.

Ad ogni modo, uno degli aspetti sotto cui si manifesta maggiormente la già accennata multiformità del fenomeno della pregiudizialità, sta nella pluralità dei punti di vista da cui si può esaminare la sua rilevanza giuridica. Nel presente lavoro, si intende studiare la pregiudizialità considerata dal punto di vista processuale; ossia, si vuol sottoporre ad analisi il nesso di pregiudizialità, così come esso si manifesta nel corso del processo, e con le conseguenze che esso comporta nei confronti del processo stesso: questo, infatti, sembra il profilo, sotto cui il fenomeno della pregiudizialità si palesa più ricco e interessante, e ciò giustifica la circostanza che è da tale punto di vista che l'argomento ha richiamato la maggiore attenzione dei giuristi.

La precisazione che precede, però, deve valere solo come indicazione dell'orientamento che sarà seguito nello svolgimento del presente lavoro, ma non esclude, ed anzi vuol essere un riconoscimento esplicito della rilevanza anche extra processuale del fenomeno della pregiudizialità. Più esattamente, infatti, il nesso di pregiudizialità che si manifesta nel corso del processo talvolta non è altro che un mero riflesso di una connessione tra rapporti, tra entità giuridiche, il quale trova altrove le sue radici, e che si svolge anzitutto sul terreno del diritto sostanziale: quando ciò accade, non si mancherà di farlo rilevare a tempo e luogo opportuni; ad ogni modo l'intero problema sarà ripreso in modo più dettagliato a proposito della individuazione di quella categoria di pregiudiziali in senso giuridico cui si è già accennato.

Ma anche rimanendo sul solo piano processuale, si può notare come siano vari i profili sotto cui il fenomeno della pregiudizialità assume rilevanza. È tradizionale l'individuazione del collegamento del nesso di pregiudizialità col ragionamento compiuto dal giudice per decidere la controversia portata al suo

esame⁽¹⁾ e sicuramente la validità di questo collegamento è ampiamente fondata, giacchè, come si vedrà, la maggior parte dei problemi giuridici relativi al fenomeno della pregiudizialità sorgono proprio a proposito dell'iter logico percorso dal giudicante.

Anche nello svolgimento del presente lavoro ci si manterrà fedeli, per questa ragione, all'impostazione tradizionale, ma forse non sarà superfluo notare come la prima manifestazione del fenomeno della pregiudizialità sia anteriore alla stessa presa in esame della controversia da parte del giudice: infatti il nesso di pregiudizialità deve rintracciarsi anzitutto nella domanda di parte, intesa come un complesso di affermazioni tra di loro logicamente connesse. È ovvio che in tanto la connessione esistente tra le affermazioni dell'attore (e, correlativamente, del convenuto), ha una propria ragion d'essere, in quanto essa possa essere trasfusa nel ragionamento del giudice; ossia possa essere tradotta nel nesso di pregiudizialità che forma il tessuto connettivo di questo. È quindi più semplice esaminare il nesso di pregiudizialità così come esso si presenta nel ragionamento del giudice, e ciò può costituire una ulteriore giustificazione della comune impostazione.

Le fasi dell'iter logico compiuto dal giudice sono delimitate in modo ormai tradizionale: la ricostruzione della c. d. fattispecie concreta, la individuazione e l'interpretazione della norma di legge sotto cui sussumerla e, infine, come conclusione, l'accertamento della volontà della legge in relazione a questa singola fattispecie considerata.

In questo quadro va valutato il nesso di pregiudizialità; più precisamente, limitando, come si è detto, per il momento, l'attenzione alla sola questione pregiudiziale, si ha che il nesso di pregiudizialità si manifesta nel corso del ragionamento del giudice in tanto, in quanto le singole fasi prima delineate sono costituite da una serie di questioni che il giudice deve risolvere

per decidere la controversia portata al suo esame; e tali questioni sono tra loro legate da quel rapporto di antecedenza logica già individuato.

Più precisamente, la conclusione del ragionamento del giudice è essa stessa da considerare come la soluzione di una questione, i cui termini sono costituiti, da un lato, dalla fattispecie concreta, dall'altro, dalla norma astratta di legge: ecco, dunque, che le singole questioni nella cui soluzione consiste la ricostruzione della fattispecie concreta, nonché l'individuazione e l'interpretazione della norma di legge da applicare ad essa, si pongono come pregiudiziali rispetto alla conclusione del ragionamento del giudice.

È chiaro che ogni ulteriore analisi del nesso di pregiudizialità deve procedere sulla base di una più dettagliata puntualizzazione dei singoli momenti attraverso cui si svolge il ragionamento del giudice; ma, prima ancora di proseguire l'indagine in tale senso, appare opportuno accennare brevemente alla rilevanza che questo ragionamento assume nel quadro generale dell'attività giurisdizionale, e degli elementi dell'atto, in cui questa attività si estrinseca: la sentenza.

Come è noto, il punto è assai dibattuto in dottrina, e il richiamo a queste dispute sembra imposto dalla necessità di determinare le eventuali conseguenze che possano avere nei confronti della costruzione della teoria della pregiudiziale le varie soluzioni che sono state sostenute: per tale ragione, si deve brevemente esporre l'evoluzione della dottrina, che si è avuta sul tema indicato.

Il profilo sotto cui la dottrina valuta tradizionalmente il problema della rilevanza del ragionamento del giudice, nei confronti del quadro degli elementi della sentenza, è quello che attiene alla natura della sentenza stessa: il problema è infatti impostato sulla base del carattere di mero accertamento, oppure di comando, che sarebbe proprio della pronuncia giurisdizionale,

(1) Cfr. MANENTINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 27 ss.

e le soluzioni volta a volta sostenute abbracciando tutta la gamma di possibilità compresa nell'alternativa delineata.

La letteratura al riguardo è assai vasta; non potendo scendere in questa sede ad una sua dettagliata esposizione, si noterà solo come in tempi meno recenti la dottrina fosse nettamente orientata nel senso che la sentenza avesse il carattere di un atto di mero accertamento della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie portata all'esame del giudice, e che da essa escludesse ogni altro elemento di natura volitiva⁽⁵⁾. Il giudice non farebbe altro che individuare fedelmente il comando concreto della legge, già implicito in quello astratto, e ad esso nulla aggiungerebbe; e ciò si verificherebbe non solo nel caso della sentenza di mero accertamento, ma anche in quello della sentenza di condanna e della sentenza costitutiva⁽⁶⁾.

Partendo da un orientamento del genere, la sentenza consisterebbe in una serie di considerazioni, mantenute tutte rigorosamente sul piano strettamente logico, e consistenti nell'accer-

(5) Cfr. per una delle ultime, vigorose affermazioni di questa tesi Rocco (Alb.), *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 32 ss., con i richiami della dottrina anteriore; per una esposizione del succedere delle varie teorie sul punto v. LANTIERO, *note*; *Sentenza civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*.

(6) Molteplici sono le costruzioni tentate per spiegare come mai fosse possibile che dalla sentenza concepita come atto di mero accertamento della volontà della legge, scaturissero effetti, come quello di condanna, e costitutivo, i quali evidentemente non possono essere ritratti in tale accertamento; senza poter ripete in questa sede tutti questi vari tentativi, si ricorderà come Rocco costruisce la sentenza di condanna come una sentenza di accertamento cui si aggiungerebbe una specifica comminatoria di esecuzione forzata; ma tale comminatoria, in quanto tale, non andrebbe inserita nel puro giudizio logico che costituisce la sentenza, ma invece dovrebbe essere considerata come un «... atto preparatorio della esecuzione» (*La sentenza civile*, cit., pagg. 342, 343).

Per quel che riguarda, poi, la sentenza costitutiva, si può ricordare l'opinione di CALAMANDREI, il quale pure è stato uno dei più vigorosi sostenitori della consistenza di un comando astratto all'accertamento nella sentenza pronunciata dal giudice; secondo tale opinione, peraltro ben nota, l'effetto costitutivo è il prodotto di una attività del giudice ulteriore rispetto all'accertamento della volontà della legge, attività che non avrebbe carattere giurisdizionale, ma amministrativo (di giurisdizione volontaria) (*Limiti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, ripubblicata in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova 1930, pag. 246, 247).

tamento di elementi che rilevano per l'individuazione della volontà concreta della legge; e sono appunto tali considerazioni che costituiscono nel loro complesso l'iter compiuto dal giudice; questioni pregiudiziali, e questione pregiudicata si pongono, sotto questo profilo, in modo assolutamente indifferenziato, e la seconda rileva diversamente, rispetto alla prima, solo perchè la sua soluzione costituisce la pronuncia che è chiesta direttamente dalle parti al giudice, e che è l'immediato oggetto della cognizione di questo.

Successivamente, però, l'evoluzione dottrinale fu tutta nel senso opposto alla valutazione della sentenza come atto di mero accertamento della volontà della legge, ed essa pose in luce l'esistenza, nella sentenza, di un elemento volitivo. L'importanza di questa tendenza evolutiva può essere colta sulla base delle parole che CALAMANDREI scriveva già nel 1924: « Farebbe retrocedere di mezzo secolo la scienza processualistica chi, nello studiare la natura della sentenza, si ostinasse a lasciare in ombra l'elemento imperativo a vantaggio dell'elemento logico »⁽⁷⁾.

La rivalutazione dell'elemento volitivo della sentenza, dovuta in buona parte agli stessi contributi del MANESTRINA, è stata compiuta nel senso di distinguere in questa due elementi: il primo è quello già ricordato, di natura meramente intellettuale, di accertamento della volontà della legge in relazione al caso concreto. Tale elemento però viene a perdere il carattere di esclusivo contenuto della sentenza, perchè ad esso se ne aggiunge un altro: ossia un comando, proprio del giudice, avente un con-

(7) *La sentenza soppesantemente complessa*, cit., pag. 214; queste parole, così espressive nella loro incisività, sono spesso ricordate dalla dottrina; v. per es.: FERRARINI, *Cosa giudicante e consoli di grado*, in *Riv. crit. dir. proc. civ.*, 1904, 1104; CORRADI, *L'attività e i poteri del giudice restituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in *Studi in memoria di Calamandrei*, pag. 32 dell'estr.; nei rapporti tra momento logico e momento imperativo della sentenza cfr. anche MANESTRINA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.r.l., vol. I, pag. 70 ss., vol. IV, pag. 30 ss.

tenuto analogo e corrispondente alla volontà della legge, individuata attraverso il momento logico precedente (*).

A prescindere da ogni valutazione inerente alla esattezza di questa duplicazione degli elementi costitutivi della sentenza, sta di fatto che una costruzione del genere non si attaglia senza difficoltà a tutti i tipi di sentenza; infatti, se la accentuazione dell'elemento logico, propria della dottrina precedente, poteva adattarsi perfettamente alla sentenza di accertamento, ma più difficilmente alle sentenze di altro tipo, la concezione ora ricordata sembra perfettamente aderente alla sentenza di condanna, ma forse non altrettanto alla sentenza di accertamento, in cui non è facile rinvenire un comando, e a quella costitutiva, l'effetto proprio della quale non pare dover discendere necessariamente da una manifestazione di volontà di carattere imperativo. L'individuazione di un comando, sia pure di diverso contenuto, nelle sentenze dei tre tipi indicati costituisce l'oggetto di tentativi anche della dottrina posteriore. Si può qui tralasciare l'esposizione di essi, ma anche senza entrare in valutazioni sulla loro riuscita, si può notare come l'impostazione della sentenza come atto anche volitivo sembra costituire un indice di una tendenza che è opportuno ricordare: e cioè che la dottrina del processo civile tende a costruire i propri schemi sulla base nettamente prevalente delle sentenze di quel tipo che è più comune, e che presenta maggiore importanza pratica, ossia delle sentenze di condanna.

In ogni modo, in questa fase della evoluzione dottrinale, i due momenti della sentenza sono sempre valutati come strutturalmente connessi, in quanto ambedue svolgerebbero una indispensabile funzione nei confronti della sentenza nel suo complesso, la quale, appunto, risulterebbe costituita dalla sintesi di tali due elementi; ma la connessione indicata non si spinge fino a cancellare

(*) Cf. soprattutto: MONTANARI, *La pregiudiziale*, cit., pag. 27 ss.; CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., pag. 218 ss., e *La genesi logica della sentenza civile*, ripubblicata in: *Studi sul processo civile*, vol. I, pag. 5.

completamente una certa autonomia di essi, autonomia che è specialmente percepibile sotto certi punti di vista; costituisce infatti un tratto comune della letteratura che sostiene l'impostazione in esame, il sottolineare questa autonomia anche sotto il profilo soggettivo, oltre che oggettivo, e, a questo proposito, assai frequentemente si ricordano come esempi quelle ipotesi in cui soggetti (o organi) diversi pongono distintamente in essere l'elemento logico e l'elemento volitivo, l'accertamento della volontà della legge e il comando avente un contenuto corrispondente (*).

L'individuazione di un momento imperativo come elemento costitutivo della sentenza porta, però, a tutto un cambiamento di prospettiva rispetto alla impostazione propria della dottrina anteriore, la quale va ben oltre l'affermazione dell'esistenza in seno alla sentenza di una duplicità di elementi; in particolare, dai lineamenti sistematici che in tal modo vengono attribuiti all'atto in cui sfocia l'attività decisoria del giudice, e in genere a tutta questa attività, risulta in modo sostanziale, fin dalle prime impostazioni in cui si traduce il nuovo orientamento, che l'elemento imperativo assume netta prevalenza rispetto a quello intellettuale, di mero accertamento; e a nulla rileva, sotto questo profilo, che, forse per l'influenza, ancora molto sensibile, delle tendenze proprie della dottrina allora tradizionale, questa prevalenza non fosse stata immediatamente messa in risalto in modo esplicito.

Questa prevalenza può essere facilmente delineata in base alle seguenti considerazioni: posto che nella sentenza coesistono e l'elemento intellettuale, di accertamento della volontà della legge e l'elemento imperativo, traducendosi in un comando del giu-

(*) Cf. sul punto: CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., pag. 218, 224; CASALUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova 1936, p. 273; e, proceduralmente, MONTANARI, *La pregiudiziale*, cit., pag. 29 ss., i quali riportano tali testi del diritto germanico, come le Oberhof degli scilicet e la *Abtverhandlung* alle Facoltà di giurisprudenza; e, poi, in CALAMANDREI, op. cit., pag. 228 ss., intervanzioni riferite a proposito dei c.d. Tribunali complessi, e, in particolare, sulla Corte d'Assise.

dice avente un contenuto corrispondente, l'unico modo di profilare i rapporti che intercorrono tra questi due distinti momenti è dato dall'attribuzione all'elemento logico di una mera funzione di determinazione del contenuto dell'elemento volitivo⁽¹⁾; ciò porta, come conseguenza difficilmente eliminabile, che tale elemento logico perde ogni diretta rilevanza esterna, a tutto vantaggio dell'elemento volitivo: in altri termini, la volontà della legge, accertata nel momento logico, ha la sola funzione di disciplinare la pronuncia del giudice, ma è solo quest'ultima che regola in modo diretto il rapporto sostanziale che intercorre tra le parti. Questo rapporto solo mediatamente trova nella legge la sua fonte normativa, ma in realtà ripete la propria disciplina unicamente dal comando giurisdizionale. È chiaro, comunque, come la esatta determinazione dei rapporti che intercorrono tra volontà di legge e comando giurisdizionale dia luogo a problemi assai delicati, e di vasta portata, i quali però possono essere qui tralasciati, perchè non presentano una diretta incidenza sul tema della pregiudiziale; si può solo notare come i maggiori dubbi sorgono in relazione alla ipotesi in cui il comando giurisdizionale abbia un contenuto diverso dalla volontà di legge accertata attraverso il momento logico (c.d. sentenza ingiusta), e tali dubbi si riverberino su tutta una serie di questioni, di cui la più grave è senz'altro quella relativa al modo di operare della efficacia di cosa giudicata⁽²⁾.

Poste queste premesse, è assai facile comprendere quelle che sono le più recenti tendenze della dottrina sul punto: tali tendenze accentuano ancora di più la prevalenza dell'elemento im-

(1) Questa ipotesi si trova già delineata assai nettamente in MICROSI, *La pregiudiziale*, cit., che a pag. 27 afferma testualmente: « Ogni decisione del giudice, riguardi essa l'avviamento e lo svolgimento delle forme processuali e il merito comune, consta di due elementi: di una argomentazione logica e di un comando »; e a pag. 28 e 29 chiarisce che il momento logico è il presupposto del comando, e la sua carenza si risolve in una arbitrarietà di questo.

(2) Cfr. sul punto, per tutti: SACCO, *Delle tavole giurisdizionali*, cit., pag. 302 ss.; v. inf. ampie citazioni.

perativo rispetto a quello di accertamento, fino praticamente a cancellare la rilevanza di questo nei confronti di quello; nella letteratura più recente si possono leggere recise affermazioni, secondo le quali l'accertamento della volontà della legge previamente compiuto e ... non incide, nè potrebbe in alcun modo, sulla natura dell'atto che, a seguito di esso, il giudice si determina ad emanare, il cui contenuto è e rimane un comando⁽³⁾.

In tal modo, l'evoluzione che si è sinteticamente delineata ha chiuso il suo ciclo, capovolgendo completamente le sue posizioni di partenza: ci si era mossi dalla impostazione, secondo la quale nella sentenza sarebbe da ravvisare solo un atto di mero accertamento della volontà della legge, in relazione alla singola fattispecie esaminata, accertamento il quale, come tale, nulla aggiungerebbe alla regolamentazione sostanziale del rapporto; si è arrivati alla impostazione in base alla quale nella sentenza sarebbe da ravvisare solo un comando giurisdizionale, il quale costituirebbe la diretta ed esclusiva fonte regolatrice del rapporto sostanziale. Quali siano le conseguenze da trarre dai più recenti orientamenti, su tutta una serie di problemi, a cominciare dalla definizione della nozione stessa di attività giurisdizionale, non è il caso di considerare in questa sede.

Le valutazioni che qui interessano, invece, sono quelle che concernono la incidenza che la evoluzione dottrinale profilata può presentare nei confronti dell'inquadramento del fenomeno della pregiudizialità.

Secondo l'impostazione propria della dottrina tradizionale del problema della natura della sentenza, l'elemento logico, della cui rilevanza si discute, dovrebbe comprendere non solo l'accertamento della volontà della legge in relazione alla singola fat-

(3) FARRALONI, *La giurisdizione volontaria*, Padova 1931, pag. 117; cfr., anche, nella stessa opera, l'altro scritto già citato di questo autore, *Cosa giudicata*, etc.; per ulteriori critiche cfr., invece: ALBERTI, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudice*, ripubblicate in: *Problemi di diritto*, vol. II, Milano 1951, pag. 103, 109.

tipicie esaminata, ma anche gli accertamenti, in fatto e in diritto, che sono a questo logicamente pregiudiziali; ciò comporta che le varie tesi sostenute in merito al problema della rilevanza da attribuire al momento logico rispetto alla sentenza valutata nel suo complesso non presentano una diretta incidenza nei confronti della pregiudiziale, giacché riguardano non solo questa, ma anche quella parte dell'elemento logico che non è in essa comprensibile.

Peraltro, una incidenza delle varie soluzioni prospettate può manifestarsi sotto diverso profilo; infatti, se ci si accosta all'orientamento, attualmente pacificamente accolto, secondo cui nella sentenza è da ravvisarsi (anche) un elemento imperativo, non pare dubbio che nel comando giurisdizionale non si trasfonda l'intero ragionamento del giudice, ma solo la sua parte conclusiva: il comando ha un contenuto corrispondente alla volontà della legge in relazione alla singola fattispecie, ma ne rimangono al di fuori quegli accertamenti in fatto e in diritto che all'accertamento di tale volontà sono meramente pregiudiziali. Perciò, poiché l'elemento imperativo si aggiunge, e, per così dire, si sovrappone alla sola affermazione che costituisce la conclusione del ragionamento del giudice, tale aggiunta o sovrapposizione costituisce un fattore di maggiore distacco della pregiudiziale rispetto a quello che ne è la conseguenza.

Si può notare, inoltre, come l'esatta individuazione dei rapporti che intercorrono tra momento di accertamento e momento imperativo della sentenza, possa presentare anche per altro verso una certa incidenza sull'argomento della pregiudiziale. Infatti, se il giudice si determina a pronunciare un comando, avente un dato contenuto, sulla base dell'accertamento della volontà di legge in relazione alla singola fattispecie esaminata, tale accertamento costituisce in un certo senso (logicamente) un antecedente rispetto alla pronuncia del comando giurisdizionale.

Ulteriori precisazioni sui caratteri di tale antecedenza potrebbero procedere solo sulla base di una più dettagliata analisi

del meccanismo attraverso il quale il contenuto del comando giurisdizionale è vincolato all'accertamento della volontà di legge; potrebbe forse profilarsi una situazione giuridica soggettiva del giudice (devere), in base alla quale questo è obbligato ad emettere una data pronuncia (imperativa), in presenza di determinate condizioni, la prima delle quali è costituita dalla esistenza di una corrispondente volontà di legge. Quali siano allora gli elementi differenziali, e quelli comuni, tra questo nesso di precedenza logica tra accertamento e comando, e il nesso di pregiudizialità, risulterà in base allo svolgimento del presente lavoro.

Sta di fatto, ad ogni modo, che qualunque opinione si accolga in merito alla individuazione degli elementi della sentenza, e alla loro implicazione reciproca, la pregiudiziale è un fenomeno il quale si svolge sul piano meramente logico: è in relazione all'accertamento della volontà di legge nei confronti della singola fattispecie, e agli accertamenti a questo logicamente antecedenti, che il nesso di pregiudizialità deve essere analizzato; ogni elemento avente altro carattere (imperativo), esula completamente dall'ambito di manifestazione del fenomeno.

Naturalmente, in tanto i lineamenti di questo possono essere mantenuti così nettamente sul piano logico, in quanto si conservi la concezione tradizionale di un momento di grande rilevanza nell'accertamento della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie: quello della interpretazione della norma. Non si dimentichi, però, l'esistenza di un orientamento il quale è indotto a ravvisare in tale interpretazione un'attività che non è di mero accertamento, ma che, al contrario, presenta degli aspetti più o meno accentuati di creazione da parte dell'interprete⁽¹²⁾; in tal modo, la nozione stessa di accertamento,

(12) Si rimanda, per tutti, al già citato scritto di CORRAZZINI, *L'attività e i poteri, ecc.*, che è tutto impregnato di una vigorosa riaffermazione della validità di questo orientamento; v. nei citati richiami bibliografici; v., sul problema della interpretazione della legge, da ultimo: ACCIARI, *In tema di interpretazione*

così come è tradizionalmente delineata, verrebbe naturalmente scossa dalle fondamenta.

Dati i termini generali con cui il problema è impostato, una valutazione di esso in questa sede sembra inopportuna; inoltre, le conseguenze derivabili dalla sue diverse soluzioni incidono in prima linea in altri e più importanti campi che non quello relativo alla pregiudiziale⁽¹⁷⁾; e ciò sembra costituire un ulteriore buon argomento che giustifica il rinvio ad altra sede di un approfondimento del punto.

5. Riprendendo più in dettaglio l'inquadramento del fenomeno della pregiudizialità nell'iter logico che il giudice percorre, è necessario, anzitutto, un breve richiamo alla struttura di questo: come è noto, tali lineamenti sono comunemente ricaduti sugli schemi della figura logica del sillogismo, e questa impostazione sembra essere ancora quella della dottrina dominante, anche se non sono mancati alcuni interessanti orientamenti revisionistici della tendenza tradizionale⁽¹⁸⁾.

A prescindere dalla maggiore o minore esattezza della riconduzione del ragionamento del giudice nello schema del sillogismo, il rilievo di partenza, peraltro ovvio, per una più dettagliata analisi del fenomeno della pregiudizialità, deve concernere la molteplicità delle questioni che il giudice stesso deve risolvere per arrivare alla completa decisione della controversia sottoposta al suo esame; perciò, la strutturazione dell'iter logico del giudice secondo la falsariga del sillogismo, comporta sempre una note-

e di applicazione della legge, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 14 ss.; v. ivi, p. 23 ss. la risposta di CASSARTE.

(17) Per esempio, nella stessa impostazione tradizionale della tripartizione dei poteri dello Stato.

(18) Cfr. recentemente, in VECCHI, *Sulle c.d. « situazione delle leggi » nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Rodotà*, Milano 1951, vol. II, pag. 302, una valutazione critica degli orientamenti del BATTI e del CACCIARI di revisione della impostazione tradizionale; cfr. anche: CALAMANDREI, *La genesi legislativa*, cit. pag. 1 ss.; sull'interpretazione giuridica cfr. BATTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1953, vol. II, pag. 801 ss.

volissima dose di semplicizzazione, e più corretto sarebbe, in ogni caso, il riferimento ad una estesa di sillogismi; anzi, a più catene di sillogismi, che si intersecano e interferiscono reciprocamente nel più vario dei modi⁽¹⁹⁾.

In una sola fase dell'iter logico compiuto dal giudice è possibile enucleare un unico sillogismo, per così dire allo stato puro, e precisamente nell'ultima: quando, cioè, è già stata ricostruita la fattispecie concreta, la quale costituisce la premessa minore di tale sillogismo; e quando parimenti è stata individuata e interpretata la norma di legge sotto cui assumerla, la quale costituisce la corrispondente premessa maggiore: si deve allora tirare solo la conclusione, con la quale si risolve questo sillogismo, e si termina anche l'intero ragionamento compiuto dal giudice. Ma, se in questa fase è possibile rintracciare un unico sillogismo, la determinazione del contenuto delle sue due premesse, sopra indicate, è costituita a sua volta dalle conclusioni di infiniti altri sillogismi, e catene di sillogismi, la cui complessità può essere talvolta imponente.

Sofferamoci, per un momento, sulla formazione della premessa minore del sillogismo finale, in cui si compendia tutto il ragionamento compiuto dal giudice: è questo infatti il terreno in cui tipicamente si manifesta il fenomeno della pregiudizialità. Si vede, allora, come l'iter che il giudicante deve percorrere per pervenire a tale determinazione si deve anzitutto frammentare in tante serie di accertamenti, quanti sono gli elementi costitutivi della fattispecie stessa; e questi, a loro volta, possono essere degli elementi complessi, e perciò il loro accertamento deve essere scisso, corrispondentemente, in una pluralità di accertamenti, o catene di accertamenti, proporzionale alla molteplicità dei loro elementi semplici.

È da osservare a questo proposito, come lo svolgimento delle serie di ragionamenti, in base ai quali il giudice perviene ad

(19) Sul punto, v. una penetrante analisi già in MARRAS, *La pregiudiziale*, cit., passim, ma specialmente pag. 61 ss., 73 ss.

accertare la fattispecie concreta (il fatto, come vuol dirsi), può essere disciplinato in modo più o meno rigido da disposizioni di legge. L'ipotesi normale è che il compimento di tale accertamento avviene sulla base della formazione del libero convincimento del giudicante; ma anche in tale caso, che è pure quello in cui la legge lascia il massimo margine di libertà al giudice, vi è un notevole complesso di norme che disciplinano questa formazione: il giudice, infatti, è anzitutto vincolato a quelle che sono le richieste delle parti in materia di proposizione di mezzi di prova, e fa eccezione solo il caso delle prove esperibili d'ufficio. E, ad ogni modo, il giudice è sempre legato al rispetto di quei tipi di prova che sono previsti dal codice, e al valore delle relative risultanze che la legge attribuisce loro.

Vi sono però altre ipotesi, in cui il legislatore ha disciplinato molto più rigidamente le fasi dell'iter che il giudice deve compiere, prescindendo in varia misura dal suo convincimento subiettivo, ed ancorando l'iter stesso in modo corrispondente a dati di carattere obiettivo: si entra così nel campo delle presunzioni assolute, di quelle relative, delle inversioni dell'onere della prova, etc. (15).

Comunque regolato, l'iter logico giudiziale assume già così proporzioni di notevole complessità, malgrado esso sia fino ad ora limitato ad una sola fase dell'intero ragionamento che il giudicante deve compiere: e cioè quello relativo alla ricostruzione della fattispecie concreta. Ma tale complessità aumenta ancora, di conseguenza, nella prosecuzione del ragionamento nella sua fase ulteriore: l'individuazione e l'interpretazione

della norma di legge sotto cui assumere la fattispecie concreta precedentemente ricostruita. È inutile proseguire l'analisi dei vari momenti attraverso cui il giudice perviene alla individuazione e interpretazione suddetta, una volta che risulti chiaro come anche qui i caratteri del ragionamento del giudice sono dati dallo snodarsi di esso attraverso tutta una serie, o una molteplicità di serie di questioni. Si può solo osservare come l'individuazione e l'interpretazione della norma, per quanto costituiscano diverse e distinte fasi di un iter logico, in concreto non si presentano come nettamente scisse, ma, al contrario, si compenetrano vicendevolmente: è proprio sotto questo punto di vista, anzi, che la riconduzione del ragionamento del giudice nello schema del sillogismo presenta maggiori difficoltà, e in ogni caso non risponde alla realtà del fenomeno.

Finalmente la pronuncia finale del giudice, la quale risulta, così, come la conclusione di tutto questo complesso e frammentato ragionamento, la cui schematizzazione è assai difficile: questa si presenta sempre assai malagevole, ove la si voglia spingere oltre la individuazione nel corso di tale ragionamento di tutta una serie, o di una pluralità di serie di questioni, le cui soluzioni sono interdipendenti.

Comunque, è proprio nell'indagine di tale interdipendenza, la quale talvolta si limita ad essere un solo rapporto di interferenza, che si manifesta appieno quella varietà di modi di intersecazione tra le varie serie di accertamenti cui si è già accennato.

Anzitutto, poichè tali accertamenti risultano, come si è visto, attraverso la soluzione di (innumerevoli) questioni corrispondenti, è opportuno riferire i rapporti di interferenza e intersecazione alle questioni stesse, piuttosto che agli accertamenti. Ora tali questioni, e serie di questioni, possono svolgersi in connessione, ma, per così dire, su piani paralleli: è quel che accade, poniamo, quando la fattispecie concreta consta di due elementi. In questa ipotesi, le serie di questioni preordinate al-

(15) Già il MANFROTTO (*La pregiudiziale*, cit., pag. 39 ss.) notava la intenzione nel campo di manifestazione della pregiudiziale, della regolamentazione legislativa del modo di svolgimento del ragionamento del giudice, regolamentazioni che si trovano nella predisposizione di mezzi di prova, nella determinazione della loro efficacia, nella disciplina delle proclazioni, nella previsione di presunzioni, etc.: cfr. in argomento gli interessanti rilievi di ALTANO, *L'ordinamento giuridico nel primo dell'avvicinamento giudiziale*, ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., vol. I, pag. 126, 127.

l'accertamento di questi due elementi si pongono parallelamente l'una all'altra, e legate tra di loro solo da un vincolo di carattere teleologico, in quanto sono poste al fine della ricostruzione della fattispecie concreta nel suo complesso.

Ma nell'ambito di ogni singola serie di questioni, e di tutte le serie, quando esse si sono intersecate, ogni questione si pone nei confronti della successiva, in un legame ben più stretto di quello ora rilevato, in quanto le loro soluzioni sono vincolate da un rapporto di condizionamento: è in questo ambito che deve essere ricercata l'essenza del fenomeno della pregiudizialità.

Più precisamente: si dice nesso di pregiudizialità quel nesso, per cui la soluzione di una questione si pone come uno dei termini di una questione successiva; oppure, se si preferisce riferire il discorso alla più comune figura del sillogismo, si ha nesso di pregiudizialità quando la conclusione di un sillogismo costituisce una delle due premesse del sillogismo successivo. In questo modo va precisata la sintetica, usuale espressione, secondo la quale la pregiudizialità consiste in un rapporto di precedenza logica tra due questioni.

Come poi in concreto si manifesti il fenomeno della pregiudizialità è perfettamente chiarito dalle parole seguenti: « La dipendenza logica tra due giudizi non è ancora la pregiudizialità; essa è solo un presupposto della pregiudizialità. Perché si abbia quest'ultima occorre che un soggetto pensante percorra effettivamente una delle diverse vie che conducono alla conclusione finale; allora soltanto i giudizi che si incontrano su tale via e che costituiscono il fondamento del processo logico successivo, diconsi pregiudiziali »⁽¹⁵⁾.

Attraverso questo abbozzo del meccanismo mediante cui opera il nesso di pregiudizialità, è possibile trarre un corollario, la cui importanza si manifesterà appieno in un momento successivo dello svolgimento del presente lavoro: se le singole que-

⁽¹⁵⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 19; v. in proposito, i rilievi critici di FUSCATI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 71 ss.

stioni poste e risolte dal giudice sono effettivamente legate tra di loro dal nesso di pregiudizialità così delineato, ciascuna di esse (e ciascuna soluzione corrispondente) costituisce un passaggio, un anello della catena, il quale è assolutamente indispensabile per il raggiungimento della conclusione ultima, e cioè della pronuncia finale. Infatti, se uno dei passaggi è saltato, o comunque è logicamente viziato, si ha che la questione che segue immediatamente questo lato nel ragionamento non si pone più come effettivamente pregiudicata rispetto alla questione precedente, e perciò quello dei suoi termini che doveva essere determinato dalla soluzione della questione pregiudiziale, si trova al contrario posto arbitrariamente; di conseguenza, le soluzioni di tutte le questioni che si pongono successivamente come pregiudicate risentono di questo vizio di origine.

In questo senso ogni anello della catena di questioni è ugualmente indispensabile, e, sotto questo profilo, l'accertamento del minimo particolare in punto di fatto, il quale pure rilevi al fine della scelta della norma di legge da applicare, ha la stessa importanza della ricostruzione dell'intera fattispecie concreta. Più precisamente, non è pensabile questa senza di quello⁽¹⁶⁾.

6. Sarebbe però erroneo considerare il nesso di pregiudizialità così delineato, o almeno con caratteri di poco dissimili, solo come un rapporto (che può intercorrere) tra questioni: vero è che, parlando del fenomeno della pregiudizialità, il richiamo alle questioni pregiudiziali è il più usuale, ma d'altra parte questa figura non esaurisce tutte le possibili forme di manifestazione di tale fenomeno.

Già il MENESTRINA aveva individuato con notevole esattezza, in pagine assai acute e brillanti, i caratteri propri delle varie forme con cui il fenomeno della pregiudizialità può manifestarsi; in tal modo, egli aveva precisato una tripartizione di esse

⁽¹⁶⁾ Cf. i rilievi di FUSCATI sulla non gradualità del nesso di pregiudizialità (*La pregiudizialità*, cit., pag. 12).

che è stata accolta poi pacificamente dalla dottrina posteriore⁽¹⁷⁾ nella quale, peraltro, sono mancati ulteriori sforzi di approfondimento delle distinzioni relative; gli elementi di questa tripartizione sono, come è noto: il punto, la questione e la causa pregiudiziale.

« Il punto pregiudiziale è... il precedente logico su cui le parti non sollevano una controversia — sia che non possano sollevarla, sia che non vogliono — o su cui la controversia è già risolta »⁽¹⁸⁾.

Si ha invece questione pregiudiziale, quando un punto pregiudiziale è contestato; già nella precedente definizione, però, è implicito che, almeno sotto qualche aspetto, la decisione di questa contestazione diventa a sua volta un punto pregiudiziale⁽¹⁹⁾.

La causa pregiudiziale, infine, sorge anche essa in conseguenza della contestazione di un punto pregiudiziale; ma mentre la questione pregiudiziale viene decisa *incidenter tantum* nel corso dello stesso giudizio che ha per oggetto la questione pregiudicata, la causa pregiudiziale, invece, viene decisa *principaler* in un autonomo giudizio, di cui costituisce l'oggetto esclusivo; comunque, anche in questa ipotesi, la decisione della causa pregiudiziale, attraverso la sua iniezione nel giudizio che ha per oggetto la questione pregiudicata, si pone nei confronti di questa in modo analogo alla soluzione di una questione pregiudiziale, e cioè come un punto pregiudiziale⁽²⁰⁾.

(17) Vedi per tutti: *CONVENTA*, *Principi di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli 1913, pag. 1118; *SECO*, *Della causa, ecc.*, cit., pag. 148; *ARRAZOLA*, *Commento*, cit., vol. I, pag. 111; per quel che riguarda i cultori del diritto amministrativo, vedi l'esplicita adesione di *FRANZI*, *La pregiudiziale amministrativa*, cit., 122; cfr. anche *CARON*, *Commentario delle leggi sulle giurisdizioni amministrative*, Milano s.a., pag. 920.

(18) *MENESTRINA*, *La pregiudiziale*, cit., pag. 123; per rilievi critici su tale definizione, v. *FISCARETTO*, *La pregiudiziale*, cit., pag. 58 ss.

(19) *MENESTRINA*, *La pregiudiziale*, cit., pag. 123, 124.

(20) *MENESTRINA*, *La pregiudiziale*, cit., pag. 124.

Come già si è accennato, la tripartizione del *MENESTRINA* appare come sostanzialmente esatta; essa può però essere ulteriormente arricchita con dei chiarimenti relativi agli elementi differenziali su cui si basa, e anche precisata con una serie di rilievi concernenti la non omogeneità delle entità che essa contempla.

La definizione di punto pregiudiziale, infatti, ha un carattere che è prevalentemente logico, e, correlativamente, sullo stesso piano è condotta la distinzione tra di esso, da un lato, e questione e causa pregiudiziale, dall'altro. Al contrario, la distinzione tra questione pregiudiziale e causa pregiudiziale è invece tracciata sulla base della diversa disciplina giuridica dei rispettivi modi di soluzione della contestazione che costituisce l'essenza di entrambe: come tale, questa distinzione è evidentemente caratterizzata sul solo piano giuridico.

Il significato di queste considerazioni può essere reso più chiaro facendo riferimento allo schema del ragionamento logico del giudice, così come è stato precedentemente delineato.

Inquadrandolo in tale schema la definizione che il *MENESTRINA* ha dato di punto pregiudiziale, risulta che questo consiste in una proposizione, la quale è posta dal giudice a base di un suo processo logico, senza il preventivo vaglio della sua esattezza: ciò si riconnette con la circostanza che il punto pregiudiziale costituisce uno dei due termini di una data questione inserita nell'iter logico percorso dal giudice, ma a sua volta non costituisce la soluzione di nessuna questione antecedente.

Si ha posizione apodittica di un punto pregiudiziale, come ha individuato il *MENESTRINA*, quando le parti non sollevano, per qualsiasi ragione, la contestazione sul punto stesso: sia che non lo ritengano opportuno, oppure che sia divestato giuridicamente impossibile, perchè si è formato, poniamo, un giudizio, o una qualsiasi preclusione.

Ma accanto alla indicazione di queste due ipotesi, si deve anche osservare che, perchè un punto pregiudiziale non si tra-

sformi in questione, non è solo necessaria la mancanza di una contestazione sollevata dalle parti, ma è anche indispensabile che essa non debba (o possa) essere posta d'ufficio dal giudice.

Tutte le volte che il giudice decide una controversia sottoposta al suo esame, nel suo iter logico è possibile rinvenire tutta una serie di punti pregiudiziali, secondo la nozione così delineata; ciò, tra l'altro, risponde ad una evidente necessità di carattere logico, perchè ogni ragionamento, per quanto lontano abbia le basi su cui si fonda, deve pur sempre partire da alcune premesse, accolte senza una previa dimostrazione della loro esattezza (postulati): non è neppur concepibile logicamente un approfondimento infinito, ossia una analisi proseguita senza un termine della catena delle premesse da cui il ragionamento parte.

D'altra parte, l'individuazione dei punti pregiudiziali costituisce uno degli aspetti da cui è possibile cogliere una qualche differenza tra il complesso di affermazioni, il cui tessuto connettivo è costituito dal nesso di pregiudizialità, così come esse sono proposte dalla parte, e il corrispondente complesso degli accertamenti, analogamente collegati, compiuti dal giudice: infatti, i punti pregiudiziali della domanda di parte (posta, naturalmente, in rapporto con le eccezioni del convenuto), possono anche non coincidere con quelli del ragionamento del giudice, e ciò accade tutte le volte in cui si verifica il fenomeno già ricordato della trasformazione operata d'ufficio di un punto pregiudiziale in questione (o eventualmente causa) pregiudiziale.

Ad ogni modo, il MENESTRINA, come si è già accennato, individua, accanto a quel gruppo di punti pregiudiziali che costituiscono le premesse indimostrate da cui parte il ragionamento del giudice, un altro gruppo di punti pregiudiziali, comprendente le soluzioni delle questioni e delle cause pregiudiziali.

Ora l'accostamento tra questi due gruppi di punti pregiudiziali appare assai discutibile; più precisamente: si può dubitare della possibilità di ricomprendere anche le soluzioni delle

questioni (e cause) pregiudiziali nella categoria dei punti pregiudiziali.

Infatti, sembra che il carattere della apoditticità delle affermazioni che costituiscono i punti pregiudiziali sia di tale rilevanza, da asurgere ad elemento essenziale della nozione; se si accoglie questa impostazione, diventa allora logicamente impossibile ricondurre nei lineamenti di questa nozione anche affermazioni le quali, per definizione, apodittiche non sono.

Nè si perviene a cancellare la profonda distinzione indicata facendo leva sull'elemento comune sia ai veri punti pregiudiziali, come alle soluzioni delle questioni (e cause) pregiudiziali; tale elemento comune risiede nella circostanza che sia gli uni, come le altre si pongono come i termini delle questioni che occupano un posto successivo nella catena del ragionamento. La comunanza di questo elemento ai punti e alle soluzioni delle questioni, importa una unicità di valutazione, sotto questo profilo, per gli uni e per le altre, e da tale unicità di valutazione sarà possibile trarre una conseguenza che non si mancherà di indicare tra breve. Però, per altro verso, una diversità di valutazione deve sussistere, e l'esistenza di un elemento comune non deve portare ad attribuire a questo una rilevanza eccessiva.

Il fatto che le soluzioni delle questioni (e delle cause) pregiudiziali si pongano come termini di una questione successiva, deve avere, per sola conseguenza, la caratterizzazione come, appunto, pregiudiziali di tali questioni e cause: è questa l'essenza del nesso di pregiudizialità, così come si è prima avuto modo di delinearla. Corrispondentemente, se anche i punti pregiudiziali costituiscono termini di una questione compresa nell'iter logico compiuto dal giudice, ciò può importare solo la ricomprensione della nozione del punto, avente tale carattere, nell'ampio fenomeno della pregiudizialità, perchè anche nei suoi confronti si può porre il nesso di pregiudizialità. Per questa strada, non si può però andare fino alla cancellazione di quelli che sono i caratteri differenziali delle singole forme di manife-

stazione del peraltro medesimo fenomeno della pregiudizialità.

Comunque, qualunque opinione si accolga in proposito, sta di fatto che, come si è già rilevato, la nozione di punto pregiudiziale è definita su un piano meramente logico, e conseguentemente, sullo stesso piano è tracciata la distinzione tra esso, da un lato, e questione e causa pregiudiziale dall'altro.

Nè pare che tale distinzione presenti una giuridica rilevanza, almeno dal punto di vista della teoria della pregiudizialità. Infatti, anticipando una considerazione che sarà più motivatamente svolta tra breve, la disciplina giuridica della pregiudiziale è accentrata su due aspetti: la competenza del giudice, e l'efficacia della decisione.

Per quel che riguarda il primo di questi due aspetti, è ovvio che in tanto si può parlare di una competenza di un organo giurisdizionale, in quanto vi sia una contestazione: non ha perciò senso parlare di competenza nei confronti di un punto pregiudiziale, finchè esso rimane tale; il problema si può porre solo se esso è trasformato in questione (o causa), e, sotto questo profilo, non ha importanza se tale trasformazione avviene su domanda di parte, oppure d'ufficio.

Per quel che riguarda l'efficacia della decisione, il problema si pone in relazione all'acquisto o meno della forza di giudicato degli accertamenti che hanno un carattere meramente pregiudiziale. Il tema, naturalmente, sarà ripreso in modo assai più ampio in seguito; si può però notare fin da ora, come il passaggio in giudicato di tali accertamenti è sostenuto, da parte della dottrina e dalla giurisprudenza sulla base della c.d. estensione del giudicato ai motivi della decisione (finale); ossia, tali accertamenti passerebbero in giudicato, in quanto costituiscono le premesse della decisione stessa. È chiaro, allora, come il profilo che qui acquista rilevanza è dato dalla circostanza che una data proposizione sia posta come termine di una data questione: ma è proprio da questo angolo visuale che, come si è detto, la di-

stinzione tra punti pregiudiziali, da un lato, e questioni e cause pregiudiziali, dall'altro, viene cancellata.

Questi sono i motivi, per cui tale distinzione non solo è tracciata unicamente sul piano logico, ma è anche priva di conseguenze, che non siano di stretto carattere sistematico, sul piano giuridico; se si eccettua, naturalmente, quella, ovvia, per cui, se vi è contestazione su un punto pregiudiziale, il diritto deve offrire i mezzi per la sua soluzione.

I termini di questione e di causa pregiudiziale richiamano, appunto, due distinti modi di soluzione della contestazione sorta su un punto pregiudiziale.

I caratteri della distinzione tra questione e causa pregiudiziali sono già stati indicati: questa è decisa *principalfiter* in un giudizio autonomo, quella invece solo *incidentaliter tantum* nello stesso giudizio avente per oggetto la questione pregiudicata. Già da questa prima definizione, risulta chiara la natura strettamente giuridica della distinzione in esame: per ogni ulteriore approfondimento si deve, perciò, tener conto del dato legislativo.

Esso è costituito dall'art. 34 cod. proc. civ.; non inganni la sede della norma: tale disposizione sembra avere sicuramente una portata generale, come si vedrà sulla base dei termini in cui la sua esegesi può essere discussa.

L'art. 34, come è noto, stabilisce: « Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartenga per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo... »⁽¹⁾.

(1) È questa la norma la quale, presupponendo chiaramente, tra l'altro, la distinzione tra questione e causa pregiudiziale, è stata considerata la consacrazione legislativa della dottrina del *MONTELEONE*; v.: *SARCO*, *Della causa, etc.*, cit., pag. 148; *ANNUNCI*, *Commento*, cit., vol. I, pag. 112. L'orientamento tendente ad una revisione dell'impostazione del *MONTELEONE*, recepita dal *COMITATO*, si è sviluppato in relazione ad un profilo preciso dell'applicazione della norma in esame: quello relativo alla individuazione di quelle questioni pregiudiziali, che possono trasformarsi in cause pregiudiziali; v. sul punto gli aa. cit. nella nota 3; il problema sarà comunque ripreso successivamente.

Secondo una prima, ovvia interpretazione di questa disposizione, il giudice, competente a conoscere della questione pregiudiziale, è competente anche a conoscere delle questioni pregiudiziali, ma la decisione relativa non acquista forza di giudicato; se invece la decisione deve acquistare tale forza, l'intera causa deve essere rimessa al giudice competente: in tal modo si instaura sull'accertamento del punto in contestazione quel giudizio autonomo già ricordato.

L'art. 34 sembrerebbe costituire, a prima vista, una norma di chiara e facile applicazione. Ma già la evidente carenza di concatenazione logicamente rigorosa tra quelle proposizioni, con le quali si è cercato di interpretare la disposizione in esame, dovrebbe essere un rilevante indice dell'erroneità di questa impressione; e, in realtà, non sarebbe facile rinvenire un'altra norma, la cui esegesi susciti problemi maggiori e più complessi di quelli che si incontrano tratteggiando i lineamenti dogmatici di tale articolo.

7. Prescindendo, per ragioni di brevità, dall'esposizione di un troppo lungo cammino logico, ci sia consentito affermare apertamente come i profili di tali problemi si ricolleghino con la definizione stessa del fenomeno della pregiudizialità; più precisamente, non tanto è difficile individuare la disciplina delle questioni pregiudiziali, di per sé abbastanza chiaramente dettata dall'art. 34, quanto è malagevole determinare quali siano le questioni, cui tale disciplina si applica; ed è proprio sulla base dei risultati di una analisi che tende a questo fine, che sarà oltretutto possibile delineare i rigorosi fondamenti dogmatici della disciplina stessa.

Le difficoltà di esegesi dell'art. 34 cod. proc. civ. sono, in definitiva, le stesse che, come già si è rilevato, si incontrano in sede di interpretazione dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. Sotto questo profilo, ogni approfondimento nel senso indicato appare valido sia per la teoria del processo ci-

vile, come per quella del processo amministrativo; esso ha, cioè, una portata generale.

D'altra parte, la fase di svolgimento del presente lavoro cui si è pervenuti, permette di apportare qualche limitazione al campo d'indagine: infatti, ci si può già basare su una definizione del nesso di pregiudizialità, e sulla individuazione dei termini tra cui esso corre, dimodochè l'indagine può essere ristretta ai confini entro i quali il fenomeno della pregiudizialità si può manifestare; questa delimitazione costituisce l'ultimo elemento che ancora manca per poter stabilire quel che è pregiudiziale e quel che pregiudiziale non è.

Il problema dei limiti del campo di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità deve essere impostato, naturalmente, sulla base di quello che è l'ambito generale di manifestazione del fenomeno stesso: il ragionamento del giudice. Ossia, si tratta di vedere quale parte di tale ragionamento è pregiudiziale, e quale invece non ha questa natura.

Quella connessione logica in cui, come si è visto, consiste il nesso di pregiudizialità, è riscontrabile in ogni ragionamento del giudice, sia che esso attenga a questioni meramente processuali, come che riguardi il merito della causa; eppure, fin nel lavoro del MENESTRINA, si trova delineata la netta distinzione tra la pregiudizialità relativa alle questioni di rito, e quella relativa al merito⁽¹²⁾, distinzione che poi venne pacificamente accolta dalla dottrina posteriore⁽¹³⁾, anche se le ragioni di essa non furono spesso approfondite ed esplicitamente esposte; correlativamente alla contrapposizione in parola, la teoria della pregiudiziale fu impostata e svolta solo in rapporto al merito del giudizio⁽¹⁴⁾. Mancano, peraltro, o sono molto rari, in dottrina, tentativi velti

(12) MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 44.

(13) Cfr. per tutti: CASARETO, *Principi*, cit., pag. 1154, 1155; BAZZONI, *Diritto processuale civile*, Milano 1912, vol. II, pag. 18 ss.; FUCINI, *La pregiudiziale*, cit., pag. 47 ss.

(14) Cfr. MENESTRINA, BAZZONI, *op. loc. cit.*

a tratteggiare gli esatti rapporti che intercorrono tra questioni processuali e questioni pregiudiziali di merito, e a porre in luce i caratteri differenziali delle concessioni che rispettivamente intercorrono tra questi due gruppi di questioni, e la questione c.d. principale.

La sistemazione dell'intera materia è molto importante, e suscita problemi assai delicati da più punti di vista; proprio la complessità di tali problemi consiglia il rinvio dell'approfondimento dell'argomento ad una fase più avanzata del presente lavoro, quando la problematica relativa al fenomeno della pregiudizialità sia stata delimitata, almeno nei suoi sommi capi, con maggiore completezza. Si rinvia perciò a tale momento la giustificazione di quella limitazione del campo di manifestazione della pregiudizialità, che qui si analizza, in relazione al solo giudizio di merito; del resto, l'unanimità di orientamento in questo senso, della dottrina del processo civile, sembra già costituire un buon appiglio per procedere nella direzione indicata.

Considerando, perciò, per il momento, quella sola pregiudizialità, la quale si presenta nel giudizio di merito, si può notare come le prime sue manifestazioni coincidano con gli inizi stessi del ragionamento del giudice, che poi si concluderà con la pronuncia di merito: tale ragionamento deve essere infatti basato su una serie di proposizioni, la cui esattezza non è previamente vagliata, e che costituiscono, come si è detto, i c.d. punti pregiudiziali: ossia, la prima forma con cui il fenomeno della pregiudizialità si manifesta.

La determinazione del limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità appare così facile, da rendere inutili ulteriori considerazioni al riguardo. La situazione, al contrario, si presenta ben diversa per quel che riguarda la determinazione del suo termine finale: è proprio in questa sede che si incontrano i problemi di più ampia portata, nei cui confronti fervono in dottrina le dispute più vive.

Ciò potrebbe sembrare strano, poichè la determinazione

del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, tracciata sul piano meramente logico, non presenta eccessive difficoltà: da questo punto di vista, non vi è dubbio che la pregiudiziale termina là dove comincia la soluzione di quella questione, nei cui confronti l'intero complesso dei punti e delle questioni pregiudiziali è preordinata: la soluzione della c.d. questione pregiudicata. Ma le difficoltà cui si è accennato si incontrano proprio in sede di traduzione in termini giuridici di questa proposizione meramente logica: più precisamente, è proprio sui lineamenti del contenuto della soluzione della questione pregiudicata che incidono alcuni dei più gravi problemi dell'intera teoria del processo.

Il punto di partenza dell'indagine da compiere deve essere, naturalmente, ricercato nel diritto positivo, e, precisamente, ci è offerto dall'art. 34 cod. proc. civ., il cui contenuto normativo, nelle sue linee essenziali, è già stato prima riportato; ogni valutazione sull'effettiva portata di esso scaturirà implicitamente dalle considerazioni che seguono.

La disciplina contenuta nell'art. 34 è piuttosto complessa, ma, per il momento, è sufficiente concentrare l'attenzione solo su alcuni aspetti di essa: precisamente quelli, per cui il giudice della questione principale, o pregiudicata, è competente a risolvere le questioni pregiudiziali rispetto a questa, anche se tali questioni, ove fossero poste in via principale, esulassero dalla sua competenza; d'altra parte, la decisione di esse non acquista forza di cosa giudicata, ma manifesta una efficacia rigorosamente limitata all'ambito del giudizio avente per oggetto la questione pregiudicata.

Come già si è osservato, il dettato legislativo non dà, neppure indirettamente, nessuna definizione di che cosa si debba intendere per questione pregiudiziale; ma già quella parte del suo contenuto normativo che si è adesso indicata, ci offre degli spunti costruttivi di una notevole consistenza, sulla cui base è possibile tentare una definizione di questa.

Anzitutto, dalle linee generali della disciplina dettata dall'art. 34, risulta chiaro, come si è peraltro già accennato, che la legge regola le varie manifestazioni del fenomeno della pregiudizialità da due punti di vista nettamente determinati: la competenza del giudice a conoscere delle questioni e delle cause pregiudiziali, e l'efficacia (di cosa giudicata o meno) delle decisioni relative.

Ora, sulla base di quella regolamentazione delle questioni pregiudiziali, che si è prima indicata, l'art. 34 ci dà questo prezioso dato di partenza: il fenomeno della pregiudizialità, almeno nella forma che assume in relazione alle questioni pregiudiziali, deve trovare luogo in quella parte dell'iter logico del giudice, la quale non rileva ai fini della determinazione della sua competenza, e inoltre rimane al di fuori dei limiti obbiettivi della cosa giudicata. Volendo meglio cogliere l'aspetto obbiettivo implicito in questa proposizione, la si può volgere nell'altra, equivalente, secondo cui devono essere considerate come pregiudiziali quelle questioni le quali, quando sorgono, non spostano la competenza del giudice, altrimenti determinata, e la cui soluzione non passa in cosa giudicata.

Il valore del dato di partenza che ci è offerto dall'art. 34 può essere apprezzato appieno solo ove si consideri come ambedue questi *leit-motiv* della disciplina delle questioni pregiudiziali, come, peraltro, dell'intero fenomeno della pregiudizialità, ci portino verso una unica nozione: quella di oggetto del giudizio; infatti, è sulla base dell'oggetto del giudizio che viene determinata la competenza dell'organo giurisdizionale, ed è parimenti sulla base dell'oggetto del giudizio che vengono determinati i limiti obbiettivi della cosa giudicata.

Comunque, data l'importanza delle conseguenze che si possono trarre dalle considerazioni che precedono, sarà opportuno svolgere in proposito ulteriori rilievi.

Dovendo definire in modo più particolareggiato la nozione di oggetto del giudizio, si può anzitutto osservare come il signi-

ficato puramente lessicale dell'espressione ci dia un immediato orientamento verso il collegamento di tale concetto col momento di massima rilevanza dello svolgimento del processo: l'accertamento operato dal giudice; e, certamente, l'oggetto del giudizio, secondo il valore che questa locuzione tecnica ha acquistato in dottrina, costituisce, in prima linea, l'oggetto dell'accertamento che il giudicante deve compiere.

Sarebbe però inesatto limitare la rilevanza della nozione di oggetto del giudizio al solo profilo indicato, giacchè, al contrario, essa può essere valutata da una pluralità di punti di vista, tutti di capitale importanza; e la molteplicità di tali punti di vista fa veramente della nozione in parola il concetto fondamentale della intera teoria del processo.

Anzitutto, è chiaro che ciò che costituisce l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice, costituisce anche l'oggetto della sua decisione, la quale anzi si modella, per così dire, su di esso; e, d'altra parte, è proprio tale decisione che è coperta da quella speciale efficacia che è denominata forza di giudicato: questo, schematicamente, è il motivo per cui l'oggetto del giudizio delimita, in ultima analisi, anche l'estensione obbiettiva della cosa giudicata⁽¹⁾.

La correlazione tra accertamento giudiziale e cosa giudicata sembra veramente costituire uno dei cardini del fenomeno processuale, così come esso è regolato nel nostro ordinamento positivo; è appena il caso di ricordare, a questo proposito, come tale correlazione sia stata posta a base di una recente e ben nota teorica, che tenta di dare una unitaria spiegazione dell'intero fenomeno processuale, e dei suoi rapporti col diritto sostanziale.

Comunque, la valutazione della portata generale del principio indicato, e quindi della fondatezza della dottrina richiamata

(1) Per la necessità della coincidenza dell'ampiezza dell'oggetto del giudizio con i limiti obbiettivi della cosa giudicata v., per tutti, le affermazioni particolarmente recise di: SIEGEL, *De la chose jugée*, etc., cit., pag. 149; SCHWARZ, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München und Berlin, 1954, pag. 34.

può essere qui trascurata, essendo sufficiente, per l'ulteriore svolgimento del presente lavoro, il cenno alla coincidenza tra l'accertamento giudiziale e l'oggetto del giudicato, limitata a quel campo in cui tale coincidenza sembra più sicura: il processo contenzioso; si può così prescindere dall'esame della possibilità di accertare, sulla base del principio enunciato, la natura di attività soggettivamente giurisdizionali, ma il cui carattere obbiettivo è oltremodo discusso⁽⁷⁹⁾.

Ad ogni modo, oggetto dell'accertamento da parte del giudice, e oggetto del giudicato, non esauriscono tutti i possibili profili sotto cui assume rilevanza la nozione di oggetto del giudizio, per quanto, nella loro correlazione, siano senz'altro i più importanti: fra questi merita, infatti, di essere ricordato anche l'oggetto della domanda dell'attore (eventualmente completata con le eccezioni del convenuto: sul punto si ritornerà più ampiamente in seguito).

L'oggetto del giudizio costituisce anche l'oggetto della domanda dell'attore, ove si consideri questa come un complesso di affermazioni, la cui fondatezza deve essere vagliata nello svolgimento del processo. Nei tipi di processo retti dal c.d. princi-

(79) Come è chiaro, si allude al problema della natura della c.d. giurisdizione volontaria; il tema ha suscitato recentemente l'interesse della dottrina, sia italiana che straniera, e numerosi sono gli scritti composti in proposito; si rimanda, per tutti, al lavoro di ATTANI, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudizio*, (ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., II, pag. 57 ss.), nel quale l'autore, riaffermando la validità delle tesi da lui stesso precedentemente sostenute (cfr., soprattutto: *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, ripubblicato nel pag. 3 ss.), procede ad una accurata valutazione critica delle più interessanti posizioni dottrinali di questi ultimi tempi; mediante la lettura di tali lavori di Alberto degli scritti in questi criticamente valutati, e della ricca letteratura ivi citata è possibile avere un quadro completo dei vari orientamenti sostenuti in dottrina; per la letteratura posteriore v.: MURARI, *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 128 ss.; FRASCINI, *I titoli legali a possedere* (Contributo allo studio analitico della giurisdizione volontaria), in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 39 ss.; per la dottrina straniera v.: BURTHANIAN, *Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtspflege*, in *Festschrift für Leut. Müntzen und Berlin*, 1957, pag. 17 ss.; LEUT, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, München und Berlin, 1952.

pio dispositivo, l'oggetto della domanda dell'attore si trasfonde nell'oggetto dell'accertamento del giudice. Più in generale, si può dir che l'oggetto della domanda dell'attore coincide con l'oggetto dell'accertamento giudiziale, nella misura in cui, nel singolo tipo di processo considerato, vige il principio dispositivo.

Come è noto, la vigenza di tale principio è affermata per quel che riguarda il processo civile. Più cauti è necessario andare per quel che riguarda il processo amministrativo: il tema non è stato approfondito troppo, e, ad ogni modo, i dati sulla cui base il problema deve essere esaminato e risolto non sono stati mai valutati da questo angolo visuale. Questo, anzi, costituisce uno degli aspetti sotto cui la elaborazione strettamente processuale della nozione di oggetto del giudizio nel processo amministrativo lascia più a desiderare.

La maggiore incidenza dell'interesse pubblico sull'intero svolgimento del fenomeno processuale nel giudizio amministrativo, non è, di per sé, un dato orientativo contrario all'accertamento della vigenza, in esso, di un principio, come quello dispositivo, il quale è chiaramente posto in funzione dell'autonomia delle parti. Costituisce però un dato in senso favorevole di notevolissima portata quella giurisprudenza assai nota del Consiglio di Stato, la quale afferma che il giudice amministrativo non può annullare l'atto impugnato se non per vizi espressamente dedotti dal ricorrente⁽⁸⁰⁾; è chiaro che sarebbe un *fuor d'opera* ogni valutazione in questa sede sulla fondatezza di questa affermazione, la quale, perciò, almeno per il momento, deve essere qui accettata come un dato di fatto. Ora, se, come sembra (ma il punto è assai delicato), il motivo di ricorso, inteso come indicazione della esistenza di un determinato vi-

(80) Tale giurisprudenza, oltre ad essere del tutto pacifica, è anche ben nota, e quindi, a riprova, ogni citazione sarebbe superflua. Ad ogni modo, tra le decisioni più recenti, si richiameremo le seguenti: V sez., 1 febbraio 1957, n. 8, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 150; e 16 marzo 1957, n. 113, ibid., I, 197, la quale afferma la validità del principio anche per la decisione del ricorso gerarchico.

zio nell'atto impugnato, costituisce parte integrante dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, la richiamata tendenza giurisprudenziale del Consiglio di Stato deve essere considerata come una affermazione di un vincolo del campo di accertamento del giudice alla domanda di parte⁽¹⁷⁾; ossia, in altri termini, che l'oggetto di tale domanda deve coincidere con quello della cognizione giudiziale.

Le considerazioni sulle connessioni tra contenuto del ricorso, e oggetto dell'accertamento giudiziale nel processo amministrativo, possono essere qui limitate; si può solo notare come, in base ad esse, si può pervenire a delineare tutto il quadro dei principali profili sotto cui la nozione di oggetto del giudizio acquista rilevanza: l'atto introduttivo del giudizio, l'accertamento da parte dell'organo giurisdizionale, il giudicato. Tali profili abbracciano l'essenza del fenomeno processuale nei principali momenti del suo svolgimento, ed è per questa ragione che si è parlato della nozione di oggetto del giudizio come della nozione centrale dell'intera tecnica del processo.

D'altra parte, se si è già chiarito il collegamento tra l'oggetto del giudizio, e l'estensione obbiettiva della cosa giudicata, nulla ancora si è detto a proposito dell'altra connessione che qui interessa, quella tra oggetto del giudizio e competenza del giudice alla cui cognizione esso deve essere sottoposto.

Ci si può domandare, però, se sono veramente necessarie delle considerazioni sul punto, giacchè, impostando il problema in questi termini, non si vede come si possa dubitare che la competenza del giudice è appunto determinata sulla base dell'oggetto del giudizio; e, sotto questo profilo, ogni richiamo di dottrina sembra superfluo.

Solo, si può osservare come, a rigore, la connessione tra oggetto del giudizio e competenza del giudice dovrebbe essere de-

(17) Vedi, per una recente esplicita affermazione in questo senso: V. sez. II ottobre 1956, n. 911, in *Foro amm.*, 1957, I, 2, 305, con nota di RATTIOMANI, intorno al vincolo di estraneità nel processo amministrativo.

terminata sulla base di quella che è la tipica manifestazione dell'oggetto del giudizio stesso: l'oggetto dell'accertamento da parte dell'organo giurisdizionale; ed è anzi sotto questo profilo, che il nesso tra oggetto del giudizio e competenza del giudice si presenta con un carattere di maggiore indiscutibilità. Però, talvolta, la legge preferisce ancorare la determinazione della competenza ad un'altra manifestazione dell'oggetto del giudizio, e collegarla cioè con la stessa domanda di parte; ciò, naturalmente, si verifica in corrispondenza della vigenza in un dato tipo di processo del principio, in base al quale viene fondata la coincidenza tra domanda di parte e oggetto dell'accertamento giudiziale.

Per quel che riguarda il processo civile, l'aggancio tra domanda di parte e competenza del giudice è esplicitamente disposto da alcune norme del codice di rito⁽¹⁸⁾. Sarebbe assai interessante, e densa di conseguenze sia dogmatiche che pratiche, una indagine volta ad accertare se, nell'assenza di disposizioni espresse, un fenomeno del genere si verifichi anche per quel che riguarda il processo amministrativo. Il punto non presenta una diretta incidenza sui lineamenti della pregiudiziale, e, perciò, deve essere qui tralasciato; si può solo osservare come l'affermazione di uno stretto legame tra domanda di parte e competenza (anzi, in questo caso, giurisdizione) del giudice sia alla base della teoria c.d. della prospettazione.

Non si dimentica, certo, che essa è stata ripudiata dalla giurisprudenza più recente; questo ripudio, però, sembra da attribuire alle esagerazioni cui in base a tale teoria si era pervenuti: però, se essa è rettammente intesa, pare assai difficile poter confutare l'esattezza dei principi su cui si basa⁽¹⁹⁾.

(18) V. soprattutto l'art. 16, 1° comma.

(19) Cfr., per una esplicita affermazione del vero senso in cui può essere intesa la teoria c.d. della prospettazione: BOTTANI (Allasio), Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, in *Foro amm.*, 1956, II, I, 109 m.; v. ivi, richiami di dottrina e giurisprudenza.

8. Le considerazioni che precedono, sul carattere e sul valore della nozione di oggetto del giudizio, dovrebbero essere sufficienti, nel loro immediato aggancio con la disciplina positiva delle questioni pregiudiziali dettata dall'art. 34, a rafforzare l'affermazione già precedentemente avanzata: e cioè, che le questioni pregiudiziali stesse sono al di fuori dell'oggetto del giudizio; più precisamente: tutto quello che deve essere compreso nel contenuto dell'oggetto del giudizio, non può essere ricollegato con l'oggetto delle questioni pregiudiziali.

Ma la distinzione delineata deve essere subito chiarita con alcuni ulteriori rilievi, volti a fugare dei dubbi che non possono non essere sorti nella mente del lettore.

Infatti, da un lato si è nettamente distinto tra questioni pregiudiziali e oggetto del giudizio, e dall'altro si è ricollegata tale nozione (sempre intesa in senso rigorosamente tecnico) con l'oggetto dell'accertamento che il giudice compie. Ora, una obiezione che si potrebbe muovere a questa costruzione, può essere costituita dal rilievo, per cui l'oggetto di tale accertamento dovrebbe essere costituito da quel complesso di elementi, i quali rilevano al fine della determinazione del contenuto della pronuncia finale del giudice; ossia, in altre parole, da quegli elementi, il cui accertamento, secondo quanto si è sin qui detto, costituisce l'oggetto tipico delle questioni pregiudiziali. In tal modo, tutti gli accertamenti di questi elementi sarebbero ricompresi nel contenuto dell'oggetto del giudizio, e verrebbe così demolita *ob inis* la contrapposizione tra ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità e oggetto del giudizio stesso.

Il fondamento, da cui potrebbe muovere questa obiezione, potrebbe essere costituito dalla considerazione che il giudice non solo accerta quale sia la concreta volontà di legge in relazione alla singola fattispecie esaminata, ma anche accerta, in modo per un certo verso analogo (sul piano logico), anche quale sia la singola fattispecie concreta, e quale sia l'astratta norma di legge sotto cui assumerla; e, anzi, è proprio sulla base di

questi accertamenti preliminari che il giudice determina il contenuto del proprio accertamento finale.

La via di superamento di questa obiezione deve essere trovata sulla base della diversità della rilevanza degli accertamenti di carattere pregiudiziale, da quello, finale, che è da questi pregiudicato.

Già nella monografia di MENESTRINA, uno dei punti fondamentali era costituito da quella distinzione che tale autore esprimeva mediante il richiamo alla contrapposizione tra «cognitio» e «judicium»; oppure, richiamandosi al PESCATORE, tra decisione in senso volgare e decisione in senso giuridico⁽¹⁾: la prima («cognitio», decisione in senso volgare) riguarda tutto il complesso di quegli accertamenti i quali hanno natura pregiudiziale, mentre la seconda («judicium», decisione in senso giuridico) concerne quello che è l'oggetto in senso tecnico dell'accertamento del giudice, l'oggetto del giudizio; ossia, con altra espressione, la volontà concreta della legge in relazione alla singola fattispecie esaminata.

I caratteri della distinzione già delineata dal MENESTRINA possono essere ulteriormente precisati sulla base di considerazioni riguardanti la diversa rilevanza delle decisioni di questi due gruppi.

Anzitutto, si può osservare come la prima varietà di rilevanza discenda da quella impostazione del problema degli elementi costitutivi della sentenza che, come si è visto, è propria della dottrina attualmente dominante: solo all'accertamento che ha per oggetto lo stesso oggetto del giudizio, in senso tecnico, si sovrappone l'elemento imperativo della sentenza, mentre quegli accertamenti che hanno un carattere meramente pregiudiziale rimangono sul solo piano logico.

Ma la vera, fondamentale distinzione tra accertamento

(1) MENESTRINA, *Le pregiudiziali*, cit., pag. 117; cfr. anche PESCATORE, *Le pregiudiziali*, cit., pag. 99 ss.

della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie, e gli accertamenti a questa pregiudiziali, deve essere delimitata sulla base della diversa e diretta incidenza che quello rispetto a questi manifesta sulla controversia sorta tra le parti.

L'oggetto immediato di tale controversia è costituito dal solo contenuto della volontà di legge in relazione alla singola fattispecie. Potrà sembrare strana questa limitazione, e certo essa appare, almeno a prima vista, contraria a quella che è la realtà quotidiana: la contestazione tra le parti non può concernere infatti mai solo tale contenuto, perchè se le parti fossero d'accordo e nella ricostruzione della fattispecie concreta, e nella individuazione e interpretazione della norma di legge sotto cui sussumerla, ben difficilmente potrebbero non essere d'accordo sulla conclusione del sillogismo, e cioè sul contenuto della volontà di legge in relazione alla singola fattispecie. Questa considerazione spiega come mai la contestazione tra le parti non sia in nessun caso limitata solo a tale contenuto, ma si appunti anzitutto su uno o più dati che sulla determinazione di tale contenuto incidono: qualche elemento di fatto, qualche questione di diritto. E, correlativamente, è all'accertamento di questi elementi di fatto che è predisposta l'intera istruzione probatoria, talvolta assai complessa, ed è su tale accertamento, e sulla soluzione di quelle questioni di diritto, che la causa si « discute ».

Ma le considerazioni che precedono, di per sé esatte, non hanno una portata tale da cancellare la distinzione proposta. Infatti, le contestazioni sorte tra le parti su elementi di fatto o di diritto non presentano mai un carattere autonomo, ma sono sempre solo in funzione della soluzione della controversia che riguarda il contenuto della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie. In altri termini, seguendo la notissima terminologia carnelluttiana, la singola questione, per quanto importante sia la sua soluzione nel quadro della soluzione dell'intera controversia, non diventa mai la « lite » tra le parti.

Poniamo che Tizio citi Cajo, erede di Sempronio, per aver

soddisfatto un suo ereditario; poniamo che Cajo si difenda, negando la sua qualità di erede di Sempronio; se la contestazione su tale qualità ereditaria è sollevata al solo fine di stabilire se Cajo deve o no cinquantamila lire a Tizio, questo solo è e rimane l'oggetto della « lite » tra le parti; e a nulla rileva, sotto questo profilo, che tutta l'istruzione probatoria, tutta la discussione della causa verta sul solo « punto » concernente la qualità ereditaria di Cajo.

Questa distinzione tra la « lite » e le contestazioni che sorgono tra le parti si riflette puntualmente in una diversità di carattere degli accertamenti che il giudice compie, e delle decisioni che in tal modo prende rispettivamente sulla prima e sulle seconde.

Anzitutto, si può accennare il rilievo ovvio, e ad ogni modo implicito in quanto sin qui detto, che in tanto una questione si pone come pregiudiziale ad un'altra, in quanto costituisce una contestazione nei confronti di una « lite »; e, in questo senso, la decisione della questione si pone come pregiudiziale alla decisione dell'intera « lite ».

Ma quel che qui interessa è soprattutto la diversità di disciplina legislativa della decisione dell'intera « lite », rispetto alle decisioni delle singole contestazioni. Infatti, poichè è solo sull'oggetto della « lite » che le parti effettivamente disputano, è perfettamente comprensibile come il legislatore abbia ancorato a tale oggetto la determinazione dell'organo giurisdizionale competente, in relazione a quelle considerazioni di politica legislativa riguardanti il territorio, il valore, la materia, che sono alla base della determinazione stessa della competenza. E, correlativamente, la cosa giudicata, intesa secondo la formula chiovendiana, come l'immutabilità dell'attribuzione di un bene della vita, non può non riguardare solo quel bene della vita su cui le parti realmente disputano.

Tutto l'argomento sarà successivamente ripreso con maggiore ampiezza di dettagli, in sede di esempi particolareggiati

della disciplina contenuta dell'art. 34. Si può però rilevare fin da ora come, in relazione alla distinzione tra « lite » e contestazione, la legge disciplini in modo ben diverso l'accertamento con cui il giudice risolve la prima, e cioè quello avente per contenuto la volontà della legge nei confronti della singola fattispecie, dall'accertamento con cui il giudice risolve la seconda, ossia quello che concerne un elemento di fatto o di diritto rilevante per la determinazione del contenuto anzidetto. E sulla base di questa diversità profonda di disciplina legislativa è possibile individuare una nozione strettamente tecnica di oggetto del giudizio, che è costituita, appunto, dall'oggetto della « lite » tra le parti, ossia dall'oggetto dell'accertamento finale operato dal giudice: la volontà di legge in relazione alla singola fattispecie. Dalle considerazioni prima esposte, tale oggetto del giudizio, in senso rigorosamente tecnico, si distingue da tutto il complesso di quegli accertamenti di fatto e di diritto, la cui « cognizione » è pur sempre necessaria per poter pronunciare il « *judicium* ».

La distinzione è di importanza fondamentale; si può infatti affermare che, in tanto è possibile rinvenire, in un dato tipo di processo, un ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale, in quanto la legge disciplini in modo diverso gli accertamenti mediante i quali il giudice risolve i singoli punti in contestazione tra le parti, da quello, da essi condizionato, mediante il quale il giudice risolve la « lite ». Con ciò si vuole ammettere la possibilità astratta che la legge regoli in modo indifferenziato tali accertamenti, e così facendo non operi la distinzione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio, ma, al contrario, trasformi in quest'ultima, in modo automatico, qualsiasi contestazione che sorga tra le parti. Ma, d'altra parte, che sia possibile contrapporre la pregiudiziale all'oggetto del giudizio nel nostro processo civile, appare discendere chiaramente dalla disciplina dell'art. 34 cod. proc. civ.

Sotto questo profilo, la tesi sostenuta da SATTA e secondo

la quale sarebbe compreso nell'oggetto del giudizio ogni accertamento compiuto dal giudice, nel corso del suo iter logico⁽¹⁷⁾, potrebbe essere ritenuta contrastante col disposto dell'art. 34 cit.; ad ogni modo, in corrispondenza del rilievo prima svolto, ci sembra che essa porti necessariamente alla conclusione di cancellare l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità⁽¹⁸⁾; sintomo della ineluttabilità di questa conseguenza possono essere considerati i dubbi che lo stesso SATTA manifesta⁽¹⁹⁾, sul campo di applicazione di quella parte dell'art. 34 che regola i c.d. accertamenti incidentali.

Resta così chiarito in che modo si può affermare che quel che costituisce l'oggetto del giudizio, non può essere ricompreso nell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Rimane ora da completare il quadro dei rapporti tra oggetto del giudizio e pregiudiziale, osservando che tutto quello che non fa parte dell'oggetto del giudizio, deve necessariamente ricadere nell'ambito della pregiudiziale stessa.

Il discorso non è lungo: posto che l'iter logico che il giudice compie, parte da alcune premesse la cui validità è indimostrata, passa attraverso la soluzione di alcune questioni, e infine sbocca nella pronuncia finale, tutti gli accertamenti in cui tale iter logico consiste o costituiscono tale pronuncia, o appartengono ad una fase precedente, e ad essa preordinata: *tertium non datur*; nella prima ipotesi, essi si ricollegano all'oggetto del giudizio, nella seconda, essi ricadono necessariamente nell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, e oggetto del giudizio, sono nozioni nettamente distinte, anzi,

⁽¹⁷⁾ V., da ultimo: *Diritto processuale civile*, 2ª ediz., Padova 1957, pag. 124 ss.

⁽¹⁸⁾ Per una critica alla tesi del fatto, basata sulla distinzione tra oggetto del giudizio in senso tecnico e il complesso del materiale sottoposto alla cognizione del giudice v.: *ATTANASI, Efficienza giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello 1948, pag. 42, nota 2.

⁽¹⁹⁾ Vedi, da ultimo: *Diritto processuale*, cit., pag. 25, 26.

adibitura contrapposte; esse, d'altra parte, nel loro complesso, esauriscono l'intero oggetto di tutti quegli accertamenti che costituiscono l'iter logico percorso dal giudice; per tale loro carattere, prendendo come base di partenza l'insieme di tali accertamenti, se si individua il contenuto di una di queste due nozioni, non può non restare allo stesso tempo definita anche l'altra.

Rimane così confermata l'esattezza di quelle affermazioni, avanzate anche recentemente in dottrina, secondo le quali la pregiudiziale termina là dove incomincia l'oggetto del giudizio⁽⁷⁷⁾.

Arrivati a questo punto, il problema della determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità sembrerebbe risolto; ma, purtroppo, ciò non è, perchè il rinvio alla nozione di oggetto del giudizio, ben lungi dal costituire un richiamo ad un concetto dai contorni sicuri, rimanda invece ad una materia che è tra le più tormentate dell'intera teoria del processo; e le dispute relative sono di portata così radicale, che talvolta si appuntano sulla stessa utilità scientifica del concetto stesso.

Per la sua rilevanza sui lineamenti della teoria della pregiudiziale, non si può non procedere a qualche approfondimento del tema; le pagine che seguono sono appunto dedicate ad alcune considerazioni sui caratteri e sul contenuto dell'oggetto del giudizio. È ovvio, peraltro, che una completa analisi di tale nozione è di tale portata, da dover trovare posto da sola in una monografia di notevole mole: si intende, perciò, come i rilievi che saranno successivamente svolti non abbiano nessuna pretesa di dettagliata indagine, ma dovranno essere rigorosamente circoscritti nella stretta misura in cui essi si appalesano come assolutamente indispensabili per il proseguimento del presente lavoro.

(77) Cfr., per energiche affermazioni in questo senso: AMMENDI, *Commento*, cit., I, pag. 133; CARLUCCI, *In tema di accertamento incidentale*, cit., in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 23; SOTTI, *Accertamenti incidentali*, cit., in *Fav. it.*, 1937, I, 10 e, soprattutto, *Nuove riflessioni*, cit., cit., ivi, 1941, I, 67, 68.

9. La nozione di oggetto del giudizio è una nozione cara alla dottrina tedesca, e questo interessamento ha dato luogo ad una ricchissima letteratura, specie recente, sull'argomento⁽⁷⁸⁾.

Il carattere più saliente di questa letteratura è dato dalla sua stessa impostazione. Essa, infatti, si propone di studiare la nozione di oggetto del giudizio a scopi rigorosamente processuali, e, perciò, da un punto di vista strettamente processuale. Come già si è accennato, la nozione di oggetto del giudizio costituisce la chiave di volta per la soluzione di numerosissimi problemi di carattere processuale: si è già ricordato quello relativo alla determinazione dell'estensione obbiettiva della cosa giudicata, ma esso non è certo il solo; senza aver la pretesa di esaurire l'argomento, si può qui ricordare anche il problema relativo alla determinazione della litispendenza, quello relativo alla individuazione del mutamento della domanda, etc. Ora tutti questi problemi i quali, lo si ripete ancora una volta, possono essere riguardati da un punto di vista strettamente processuale, prescindendo dalle loro implicazioni di carattere sostanziale, si avviano a soluzione purchè si osservi una precisa condizione: l'attribuzione alla nozione di oggetto del giudizio di un contenuto

(78) Recentemente, l'oggetto del giudizio è stato analizzato in due notevoli monografie: quella di SCHEWAL, già citata, e l'altra di HANSCHE, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Stiefelnd u. a., ma 1954; queste, comunque, non fanno che aggiungere ad una ricca letteratura, che testimonia l'alto interesse che la dottrina tedesca ha sempre avuto per il tema; cfr.: NITSCHE, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen 1931; BUCHNER, *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität, Berlin 1935*, pag. 51 ss.; BIRKENHORN, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Festschrift für Rauscher*, München und Berlin 1940, pag. 71 ss.; HANSCHE, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess*, in *JuStOR*, 19/38, pag. 196 ss., e *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *ZfP*, 61, pag. 115 ss.; NITSCHE, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *ArchCivPr.*, 124. Band (1935), pag. 261 ss. Lo stesso alto interesse è testimonianza della rilevanza che all'argomento è attribuita nelle trattazioni a carattere generale; cfr. per es.: STRECK-JUNAT-SCHUBERT, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 13^e ed., Tübingen 1952, particolarmente nelle osservazioni preliminari al § 115 e nel commento ad esso; HANSCHE, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7^e ed., München und Berlin, 1954, pag. 193 ss.; NITSCHE, *Zivilprozessrecht*, 7^e ed., Tübingen 1952, pagina 161 ss.; LERT, *Zivilprozessrecht*, 7^e ed., München und Berlin 1952, pag. 97 ss.

unitario e costante, tale cioè da mantenersi inalterato attraverso tutto lo svolgimento del fenomeno processuale, dalla proposizione della domanda di parte fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Sotto questo profilo, l'elaborazione che alla nozione di oggetto del giudizio ha apportato la dottrina tedesca si presenta del più alto interesse; e al suo valore, nulla toglie che alcune delle conclusioni cui essa è pervenuta non siano accettabili, almeno sulla base del dato positivo offerto dall'ordinamento italiano, e, probabilmente, anche più in generale.

Ma questa impostazione è chiaramente limitata, e, correlativamente, le limitazioni proprie si riflettono in modo puntuale sulle sue soluzioni: il risultato cui si perviene, infatti, segnando l'orientamento indicato, consiste nella determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, valutato unicamente dal punto di vista, per così dire, della formulazione del contenuto stesso in una proposizione logica, la quale è affermata dalla parte, esaminata dal giudice e immutabilmente accertata; ma, d'altra parte, si prescinde da ogni considerazione del valore in termini di diritto sostanziale di quegli elementi che costituiscono il contenuto stesso. In altri termini, nell'individuare la nozione di oggetto del giudizio, si prescinde in larghissima misura dal collegamento di questo, inteso come una manifestazione di stretto carattere processuale, col piano del diritto sostanziale.

Con tale rilievo non si vuole certo affermare che la dottrina tedesca ignori il problema dei rapporti tra diritto e processo; del resto, ogni asserzione in questo senso sarebbe troppo facilmente smentita dalle numerosissime ed esplicite prese di posizione in favore del carattere esclusivamente processuale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale (e sul valore di tali prese di posizione si tornerà più ampiamente in seguito). Al contrario, si vuole solo tentare di individuare una prima ragione, che spieghi il perchè di questo orientamento, il quale tende a scindere in modo così netto il processo dal diritto sostanziale.

L'impostazione della dottrina tedesca non può non colpire, specialmente se essa è raffrontata con quella propria della dottrina italiana, la quale è tutta volta a collegare strettamente il fenomeno processuale al piano del diritto sostanziale, pur non disconoscendo, naturalmente, l'autonomia del primo rispetto al secondo. Data l'incidenza del tema sui lineamenti della nozione di oggetto del giudizio, e, quindi, indirettamente, sulla determinazione del limite finale dell'arbitrio di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, non sarà inopportuno svolgere qualche considerazione in proposito e, in particolare, su tale differenza di impostazione.

L'analisi del punto, oltre a presentarsi obiettivamente difficile per la delicatezza della materia, è anche ulteriormente complicata dalla circostanza per cui la notevole elaborazione cui la dottrina tedesca ha sottoposto la nozione di oggetto del giudizio è completamente estranea alla dottrina italiana: questa si è dimostrata insensibile all'interessamento che il tema ha suscitato in Germania, e le dispute colà sorte hanno solo destato in Italia qualche eco, la quale in ogni caso è rimasta circoscritta sul piano di una valutazione critica di una evoluzione dottrinale straniera⁽¹⁾, senza che la nostra teoria del processo civile ne sia stata minimamente influenzata.

Questo disinteresse che la dottrina italiana manifesta verso quelle discussioni che presso la dottrina tedesca sono le più vitali, ha radici assai profonde: esso, infatti, discende dal disinteresse che in Italia ha suscitato la nozione stessa di oggetto del giudizio, la quale non solo non è stata mai approfondita in indagini di carattere monografico, ma è anche raramente ricordata, e ancor meno frequentemente definita nelle stesse trattazioni di

(1) Cfr. le due interessanti rassegne di De Sotgiu, *L'oggetto del processo* in un libro recente di Walter J. Hebebrand, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1937, pagina 327 ss., e di Tassinari, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, in *Jan*, 1936, 104 ss.

carattere generale⁽¹⁷⁾; e come conseguenza dell'analisi del concetto che si è avuta in Germania, si devono registrare in Italia delle impostazioni nettamente critiche del valore scientifico del concetto stesso.

Su tale valutazione si ritornerà in seguito. Qui preme anzitutto osservare come questo orientamento della dottrina italiana non voglia certo significare che essa ha ignorato la ricca problematica che in Germania è studiata dal punto di vista della nozione di oggetto del giudizio. Al contrario, anche la dottrina italiana si è occupata del tema, nè avrebbe potuto prescindere; ma il punto di partenza scelto è stato una diversa nozione, quella di azione: e su di essa, come è noto, sono state tentate tutte le costruzioni organiche del fenomeno processuale.

La comparazione del contenuto della nozione di azione con la nozione di oggetto del giudizio, così come questa risulta dalla elaborazione ad essa data dalla recente dottrina tedesca, si presenta ricca di interesse, ma anche assai malagevole.

Anzitutto, mancano ausili diretti da parte di precedenti indagini: per quel che riguarda la dottrina italiana, dato il già accennato disinteresse di questa verso il concetto di oggetto del giudizio, vi è, per così dire, una unilateralità nell'impostazione dei problemi della teoria del processo, i quali sono visti dal solo angolo visuale dell'azione. Nè un aiuto molto maggiore ci è offerto dalla dottrina tedesca: ove si voglia ritenere che il termine « azione », così come è inteso in Italia, abbia un contenuto analogo al termine « Anspruch », non si può dire che il problema dei rapporti tra *Anspruch* e *Streitgegenstand* sia stato ignorato dalla ricca letteratura su quest'ultimo tema, ma i rilievi che si possono notare in proposito concernono tutti l'assoluta non coincidenza dello *Anspruch* inteso come una nozione di carattere so-

stanziabile, con lo *Streitgegenstand*, inteso come una figura strettamente processuale⁽¹⁸⁾.

In realtà, non è possibile impostare in termini generali il problema dei rapporti tra azione e oggetto del giudizio, dato che non esiste una sola nozione di azione, ma al contrario, come è ben noto, la dottrina ha volta a volta attribuito a tale concetto i caratteri più vari; nè, d'altra parte, sono pacifici i contorni della figura di oggetto del giudizio. Il rapporto tra questi due concetti, perciò, varia in corrispondenza del variare dei loro lineamenti, ed una comparazione reciproca può avere un senso solo se instaurata tra una data nozione di azione, e una data nozione di oggetto del giudizio.

Se non si è compiuta una preliminare opera di scelta di questo genere, si possono fare solo dei rilievi di carattere assolutamente generico. E cioè: dato il ruolo assolutamente predominante che, in ogni caso, sia l'azione come l'oggetto del giudizio giocano in sede di costruzione della teoria del processo, queste due nozioni non possono non avere un contenuto per larga parte coincidente. Anzi, l'azione, almeno se ad essa vengono attribuiti determinati caratteri, cui successivamente si accennerà, sembra costituire essa stessa il contenuto dell'oggetto del giudizio.

Aderendo ad una simile impostazione, si arriverebbe alla conclusione per cui azione e oggetto del giudizio non sono delle entità giuridiche distinte, ma, al contrario, costituiscono solo aspetti diversi sotto cui è visto un unico fenomeno. Con l'analisi della nozione di azione, si vuole puntualizzare quella situazione giuridica oggettiva, che è fatta valere dalla parte nel processo; con l'elaborazione della nozione di oggetto del processo si vuole cogliere quel contenuto che si mantiene costante durante tutto lo svolgimento del fenomeno processuale, come contenuto della domanda di parte, come contenuto dell'accertamento

(17) Previi è abbastanza ineccezionale il riserimento, nella dottrina italiana, di una definizione dell'oggetto del processo così netta come quella dettata dal CAZZORRA: «...oggetto del processo è la volontà concreta di legge della cui esistenza ed attuazione si tratta, e il potere di chiederne l'attuazione, cioè l'azione » (*Principi*, cit., pag. 33).

(18) Cfr. per tutti: BAZZANI, *Lehrbuch*, cit., pag. 319.

giudiziale, come contenuto della cosa giudicata: e poco importa, sotto questo profilo, la traduzione in termini di diritto sostanziale degli elementi che costituiscono tale contenuto o anche, per avventura, che esso possa consistere proprio nell'azione.

Si può allora cogliere in tutta la sua portata il valore della diversità di impostazione della dottrina italiana rispetto alla recente dottrina tedesca, e del disinteresse della prima verso la nozione di oggetto del giudizio: questo disinteresse non è un fatto limitato al solo piano metodologico, e non vale solo come indice di preferenza verso uno schema concettuale piuttosto che un altro, ma va valutato, al contrario, come indice di quell'orientamento cui si è già accennato. Ossia della affermazione, propria della dottrina italiana, dello stretto legame che esiste tra piano sostanziale e fenomeno processuale, al contrario di quel distacco comunemente ribadito dalla dottrina tedesca.

Giunti a questo punto, è chiaro che, se l'indagine vuole tener conto sia della letteratura italiana come di quella tedesca, che è quanto dire delle più profonde elaborazioni giuridiche del fenomeno processuale, tale indagine deve essere scissa in due filoni fondamentali: da un lato, si tratta di richiamare, nella sintesi che è imposta dalla economia generale del presente lavoro, i principali lineamenti della nozione di azione, così come sono stati dibattuti nelle dispute della dottrina italiana e, precedentemente, della dottrina tedesca classica. Dall'altro lato, si devono comparare i risultati in tal modo raggiunti con quei caratteri esclusivamente processuali che dalla dottrina tedesca più recente sono attribuiti alla nozione di oggetto del giudizio.

Giova, però, premettere qualche considerazione di carattere generale. Non solo la nozione di azione, ma anche quella di oggetto del giudizio deve essere delineata unicamente su basi di stretto diritto positivo⁽²⁷⁾: tale nozione, cioè, risulta dalla concreta disciplina che il legislatore ha dettato per un determinato

(27) Cf. SCHWARZ, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 2.

tipo di processo, e varia col variar di questo; perciò, i caratteri che sulla base della concreta regolamentazione di un dato processo è possibile attribuire al relativo oggetto del giudizio, non hanno di per sé una portata più generale, ma la loro applicabilità anche all'oggetto del giudizio in altri tipi di processo deve essere verificata volta a volta.

Questa «relatività» della nozione di oggetto del giudizio può discendere, almeno in parte, dalla stessa sua connessione con quella di azione, ma, in ogni caso, concerne anche tale connessione medesima. Ad ogni modo, tale connessione postula evidentemente che, nel processo di cui si tratta, esista un'azione, il che non sempre accade: è ben nota da tempo, in dottrina, l'esistenza di processi senza azione e, ove si attribuisca a questa il carattere della concretezza, uno di tali processi sembra proprio essere quello amministrativo.

Potrebbe sembrare superfluo, perciò, per lo studioso del processo amministrativo, ogni approfondimento del tema per quel che riguarda il processo civile. Pure, il ricorso anche a tale tipo di processo ci pare giustificato dalla possibilità, in tal modo raggiunta, di attingere in maggiore misura a schemi ed elaborazioni di quella dottrina del processo che è la più progredita. E, in ogni caso, si deve tener presente anche un'altra circostanza: nella seconda parte del presente lavoro, in particolare dedicata alla pregiudiziale nel processo amministrativo, si svolgeranno alcuni rilievi sul tema, così come si presenta nel processo amministrativo stesso; ora, l'aver accennato all'argomento anche per quel che riguarda il processo civile, si traduce in una maggiore ricchezza di dati esaminati, la quale non può non giovare alla completezza dell'indagine.

10. Sarebbe evidentemente del tutto incongruo procedere in questa sede, non diciamo ad una valutazione critica, ma anche solo ad una pura e semplice esposizione delle varie teorie sull'azione che sono state via via sostenute in Italia e in Ger-

manza: tale esposizione dovrebbe mostrare proporzioni tali da forzare l'economia del presente lavoro, ed in ogni caso si risolverebbe necessariamente in una brutta copia di acute sintesi altrove svolte, cui pertanto si rimanda (*).

In questa sede, ci si può e ci si deve limitare a porre in rilievo quegli aspetti della problematica dell'azione, i quali manifestano un proprio campo di incidenza sul tema dell'oggetto del giudizio: solo da questo ben preciso angolo visuale sarà perciò esaminata la complessa evoluzione della nozione di azione.

La ricca problematica dell'azione ha avuto origine da una esigenza di carattere dogmatico ben determinata: si è, cioè, sentito il bisogno di individuare e di delineare quegli elementi, in base ai quali il titolare di una situazione giuridica sostanziale può tutelarla contro violazioni da parte di terzi mediante il ricorso alla funzione giurisdizionale esercitata dallo Stato. Ogni teorica sull'azione costituisce perciò un tentativo di costruzione dogmatica dell'atteggiarsi della situazione giuridica del privato nei confronti dell'esplicazione di una delle tre funzioni fondamentali dello Stato; questa indicazione dell'esigenza di fondo della problematica dell'azione è, evidentemente, largamente imprecisa, ma, d'altra parte, la sinteticità della formula, cui consegue la sua inesattezza, sembra essere imposta non solo dalla necessità di un immediato inquadramento delle molte e molto complesse que-

(*) Per una dettagliata esposizione delle diverse teorie sull'azione, si rimanda ad alcuni lavori di notevole importanza, i quali contengono anche larghe valutazioni critiche delle posizioni sostenute dai vari autori; oltre alla classica produzione oliveviana, *L'azione nel sistema dei diritti, ripubblicata in Saggi sul diritto processuale civile*, vol. I, Roma 1930, pag. 4 ss.; PARELLI, *ovvero: Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*; LUBIAN, *L'azione nelle specie del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1936, pag. 47 ss.; ANTONI, *L'ordinamento giuridico nel primo dell'avvicinamento giudiziale, ripubblicata in: Problemi di diritto*, vol. I, Milano 1937, pag. 30 ss., e, da ultimo: FALZARAN, *Notte su diritto e processo*, Milano 1937, *passim*, ma specialmente pag. 9 ss.; ogni approfondimento del tema non può però essere operato prescindendo dalla monografia del PIZZANO, *Diritto e diritto subiettivo*, Milano 1935, la cui rilevanza non è limitata alla sola ricostruzione storica, la quale, peraltro, presenta sempre per i caratteri dell'argomento degli spazi di viva interesse, ma si estende anche alla inquadramento dogmatico.

stioni che ogni teoria dell'azione intende risolvere, ma anche dall'opportunità di non lasciare mai in ombra il nesso che lega le varie parti del presente lavoro: già in base a questa anzi succinta indicazione è possibile intravedere in che modo la problematica dell'azione può presentare un proprio campo di incidenza sul tema dell'oggetto del giudizio; l'azione, intesa come la posizione che l'ordinamento attribuisce al privato, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, non può non assumere, infatti, una propria rilevanza sul modo di esplicazione di tale funzione; questo collegamento può essere ulteriormente precisato, se si tenga presente che l'azione costituisce il mezzo che è a disposizione del titolare di un diritto soggettivo, per la tutela di quest'ultimo: *ergo* dunque che l'azione rileva sul modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso che deve costituire l'elemento di determinazione di questa esplicazione, perché questa avvenga in maniera tale da tutelare il diritto soggettivo e non altrimenti. Ora, la funzione giurisdizionale viene esplicata mediante l'emissione di provvedimenti, di cui si è già vista la struttura; la tutela del diritto soggettivo è attuata mediante il comando del giudice, che costituisce il momento volitivo della sentenza, ma, se questo è vero, non vi è dubbio che il momento intellettuale della stessa sentenza deve vertere su quei dati i quali giocano nella determinazione del contenuto del comando suddetto: è questo, allora, l'oggetto dell'accertamento giudiziale; ne consegue, perciò, che l'azione, nei limiti nei quali determina il contenuto del provvedimento giurisdizionale di tutela della situazione giuridica soggettiva vantata dall'attore, deve anche entrare nell'oggetto del giudizio. È evidente che le considerazioni che precedono non possono non avere, per il momento, che un semplice valore di indicazione della linea di ragionamento che sarà seguita nel presente lavoro; e, in realtà, le implicazioni tra azione e oggetto del giudizio potranno essere esattamente individuate solo sulla base dei caratteri che possono essere attribuiti all'azione stessa: proprio da

quei caratteri, sui quali in dottrina fervono quelle dispute, che nelle pagine che seguono saranno sommarariamente richiamate.

Svariati sono i fattori di complicazione della tematica dell'azione; anzitutto, si può rilevare come la costruzione unitaria dell'atteggiarsi della posizione del titolare di una situazione giuridica soggettiva sostanziale nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale debba superare, prima di ogni altra cosa, il grosso ostacolo costituito dalla estrema varietà di ipotesi che si ricollegano al tema: da un lato, le situazioni giuridiche soggettive presentano una diversità di tipi piuttosto notevole, di cui si deve tener conto; e certamente, la tutela di un diritto reale ha esigenze ben diverse della tutela, poniamo, di un diritto di obbligazione, o di uno status, o di un potere.

Non solo, ma di contro alla varietà di situazioni giuridiche soggettive da tutelare, sta anche la multiformità di violazioni, in atto o in potenza, nei confronti delle quali tale tutela deve operare. E, infine, si deve pensare alla molteplicità di tipi di tutela che l'ordinamento giuridico appresta per il titolare di una situazione soggettiva sostanziale: azioni di accertamento, azioni di condanna, azioni costitutive, per rimanere solo sul terreno del processo di cognizione, e prescindendo da ogni configurazione in termini di azione del processo di esecuzione⁽¹²⁾: si vede quindi chiaramente come sia sommamente difficile la costruzione di una nozione unitaria di azione, la quale sia di per sé valida per ogni tipo di situazione giuridica sostanziale da tutelare, per ogni tipo di violazione contro cui tutelarla, e, infine, per ogni tipo di tutela da impiegarsi.

Ma il fattore di maggiore complicazione della tematica dell'azione è costituito dal problema di fondo di estrema delicatezza, sul quale tale tematica direttamente si innesta: quel pro-

(12) Cfr., però, per un recente tentativo di una costruzione unitaria della nozione di azione, sia per quel che riguarda il processo di cognizione, come per quel che riguarda il processo di esecuzione: MARINONI, *L'azione esecutiva*, Milano 1956.

blema che è tradizionalmente definito in base alla sua attinenza ai rapporti tra diritto sostanziale e processo; e, in realtà, il suo collegamento con la teoria dell'azione è stato sempre sentito in maniera così viva, che l'intera evoluzione dottrinale sulla nozione di azione può essere anche considerata come una successione di diversi modi di riproporre tale identico e inquietante problema: l'azione, come tale, costituisce, infatti, il modo con cui il diritto sostanziale si fa valere nel processo.

Anzi, sembra che questa impostazione possa acquistare una rilevanza di particolare interesse, ove sia esaminata alla luce dei risultati di un recente orientamento dottrinale, il quale, manifestatosi nel campo del diritto privato, ha di per sé una portata più generale. Infatti, nella sistemazione dei rapporti tra diritto sostanziale e processo ha un largo campo di incidenza la determinazione di quel che si intende con l'espressione: «diritto sostanziale»; costituirebbe un impoverimento di questa espressione l'attribuzione, ad essa, del solo significato di: «diritto soggettivo» sostanziale: si è infatti visto, a tacer d'altro, come la tutela giurisdizionale possa essere invocata anche per situazioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo. In realtà, pare che l'espressione «diritto sostanziale» stia a indicare anche tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che costituiscono, nel loro complesso, una sfera giuridica privata nella sua realtà effettiva. Ora, come è noto, una recente tendenza, partendo dalla concezione istituzionale del diritto⁽¹³⁾, configura la sfera giuridica privata come un vero e proprio ordinamento giuridico, e delinea, di conseguenza, i rapporti tra essa e l'ordinamento statale come rapporti di interferenza tra ordinamenti⁽¹⁴⁾. Secondo tale or-

(13) Sulla quale v. per tutti: SCOTTI BONTATE, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, 1945.

(14) Cfr.: SALVERSON BONTATE, *Ordinamenti giuridici privati*, Riv. trim. dir. pubbl., 1955, 249 ss.; *Autonomia privata*, ibid., 1956, 381 ss.; *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Riv. dir. civ., 1957, 431 ss.; nel senso che i rapporti di diritto privato costituiscono veri e propri ordinamenti cfr. SCOTTI BONTATE, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 78, nota 47-queste.

dine di idee, quel « diritto sostanziale », il quale, mediante la azione, è fatto valere nel processo, non sarebbe nient'altro che « l'assetto » obiettivo dell'ordinamento giuridico privato, così come questo è « riconosciuto » dall'ordinamento statale⁽¹⁶⁾; ecco dunque che il problema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo non è altro che un aspetto di un problema di più ampia portata, sul quale il primo si innesta: il problema dei rapporti tra ordinamenti privati e ordinamento statale⁽¹⁷⁾.

È ovvio che non è possibile qui proseguire su questa strada, la quale ci porterebbe, evidentemente, troppo lontano dal nostro tema; solo, è opportuno rilevare come, sulla base delle considerazioni che precedono, possa acquistare un maggiore rilievo il principio della c.d. « relatività del concetto di azione », il quale, in ogni caso, deve presiedere ad ogni costruzione dell'azione stessa. Come è noto, tale principio fu sviluppato nel modo più ampio in un lavoro di CALAMANDREI⁽¹⁸⁾, ma, d'altra parte, è unanimemente accolto in dottrina⁽¹⁹⁾; se con questo principio si volesse indicare solamente che la costruzione della nozione di azione non ha di per sé una validità *sub specie aeternitatis*, ma che, al contrario, vale solo nell'ambito del processo in relazione al quale è stata elaborata, il principio in parola non avrebbe un contenuto particolarmente ricco: è ovvio che ogni estrazione giuridica, per quanto dogmaticamente arida,

(16) Per il riconoscimento degli atti regolari privati da parte dello Stato, come fondamento dell'autonomia privata, v. SACRIONI ROMANO, *L'autonomia privata*, cit., pag. 125 ss., e, sulla concessione di tale configurazione sul problema dei caratteri e del fondamento dei vari tipi di invalidità del negozio, pag. 513 ss.

(17) Per una valutazione della teoria dell'autonomia privata, prima ricordata, in relazione al problema dei rapporti tra diritto e processo, cfr. FERRARINI, *Note su diritto e processo*, cit., pag. 27, 28.

(18) *La relatività del concetto di azione*, ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova 1947, pag. 1 ss.

(19) Cfr., per esempio: FERRARINI, *Azione*, cit., pag. 5, 6 e 26, con una interminabile citazione di CROCE; LARONCI, *L'azione*, etc., cit., pag. 36; MIGNOLA, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1916, III ss.; FERRARINI, *Note*, cit., pag. 36; per rilievi sulla relatività della « struttura » del processo, v. BENVENUTO, *L'azione*, cit., pag. 12.

deve essere basata sul dato positivo, ed è perciò parimenti ovvio che ad ogni mutamento di questo dato positivo, deve corrispondere un mutamento della costruzione stessa. Ma il principio della relatività del concetto di azione ha un valore che trascende di parecchio quello di un facile richiamo ad un criterio metodologico oggi universalmente accettato: tale principio, infatti, pone in rilievo la circostanza per cui i caratteri dell'azione sono condizionati in modo più immediato che per qualsiasi altra figura giuridica da quei fattori extragiuridici, cioè politici e sociali, che sono alla base di ogni ordinamento positivo. Tale condizionamento non è altro che la conseguenza della particolare materia sulla quale l'azione viene, in definitiva, ad incidere: quella dei rapporti tra individuo e Stato; è proprio sulla strutturazione in termini giuridici di questi rapporti, infatti, che si ripercuotono con una maggiore incidenza quei fattori extragiuridici di cui si è detto. In tal modo si spiega, perciò, non solo la frequenza della riaffermazione della relatività, così intesa, della nozione di azione, ma anche quel collegamento tra evoluzione di questa e contemporanea evoluzione dei fattori politico-sociali nell'ordinamento considerato, che è stato talvolta delineato con notevole precisione di dettagli⁽²⁰⁾, e anche il ruolo decisivo nella scelta della nozione di azione più aderente alla realtà, che tal'altra è stata attribuito direttamente a questi fattori stessi⁽²¹⁾.

Ma la connessione tra caratteri dell'azione e regolamentazione dei rapporti tra individuo e Stato è normalmente vista solo da un angolo visuale ben determinato: quello che riguarda la relazione che intercorre tra interesse del singolo all'esplicazione della funzione giurisdizionale e esplicazione stessa; allora se si parte da una concezione dello Stato di tipo liberale, si può

(20) Cfr. FERRARINI, *Azione*, cit., pag. 27 ss.

(21) Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova 1941, vol. I, pag. 131 ss.; per rilievi critici sulla concessione operata da CALAMANDREI, sul suo concezione autoritaria dello Stato e nozione dell'azione in senso concreto, v. BENVENUTO, *La concezione liberale dello Stato e nozione di azione in senso concreto*, v. MIGNOLA, *Giurisdizione e azione*, cit., pag. 132.

benissimo pensare che l'esercizio della funzione giurisdizionale venga compiuto per l'esclusivo interesse del privato; se, al contrario, si parte da una concezione diversa, di tipo più autoritario, non si può non collegare questo esercizio ad un preminente interesse pubblico. In piena corrispondenza, con questa diversità di punti di partenza, dove atteggiarsi in modo diverso quella posizione del privato, in base alla quale l'esercizio della funzione giurisdizionale viene posto in essere, e, anzi, addirittura determinato nel contenuto; cosicchè, nella prima ipotesi, nulla impedirebbe la costruzione dell'azione come un diritto soggettivo del privato nei confronti dello Stato, alla tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzanspruch*) mentre, nella seconda ipotesi, i caratteri da attribuire all'azione dovrebbero essere assai diversi.

In ogni caso, la connessione tra azione e problema dei rapporti tra individuo e Stato è vista solo su un piano meramente processuale, quale è quello su cui ci si muove prospettando quella gamma di opinioni, di cui le tesi accennate sono una esemplificazione. Ma sembra che la regolamentazione dei rapporti tra individuo e Stato, la quale, in qualche modo, possa incidere sulla configurazione dell'azione, abbracci un campo ben più vasto di quello abitualmente considerato. Infatti, da un lato, poichè l'azione è il mezzo con cui il diritto sostanziale si fa valere nel processo, il caratteri stessi del diritto sostanziale si ripercuotono, in definitiva, sui caratteri dell'azione; e, dall'altro, poichè il diritto sostanziale fatto valere nel processo spesso non è altro che l'assetto obiettivo dell'ordinamento privato, così come è riconosciuto dall'ordinamento statale, la sua stessa configurazione attiene al modo di essere dei rapporti tra individuo e Stato, ed è, come tale, essenzialmente variabile. E ciò, si badi, non da un punto di vista meramente quantitativo, sotto questo aspetto assolutamente irrilevante, come potrebbe essere quello in base al quale viene misurato quel quantum di diritti, di poteri, etc., che in un dato Stato viene attribuito all'individuo: ossia, in altri termini, l'ampiezza della sfera concessa al privato; ma, piut-

tosto, da un punto di vista spiccatamente qualitativo, perchè attinente al modo stesso di valutazione dei rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti privati: ossia al meccanismo di riconoscimento dei secondi da parte del primo. E la connessione tra questo meccanismo, di per sé variabile, e nozione di azione, può essere intuita facilmente, sulla base del rilievo, per cui, la definizione di situazione giuridica sostanziale, per quanto possa essere condotta su una base assolutamente aprioristica nei confronti del processo, deve pur sempre tener conto della necessità della tutelabilità mediante il processo della situazione giuridica stessa: in che modo ciò possa avvenire, risulterà forse più chiaro dalle considerazioni che saranno svolte in seguito, sui caratteri da attribuire alla nozione di azione.

In conclusione, la relatività di questa nozione è addirittura duplice, in quanto deve essere posta in relazione anche con la variabilità di concezione dello stesso diritto sostanziale; in questo senso, la nozione di azione non è altro che la risultante di un doppio ordine di componenti, uno solo dei quali nasce, si svolge e si esaurisce sul mero piano processuale.

Con le considerazioni che precedono, si è anche toccato un problema, di cui forse è opportuno ricordare esplicitamente gli estremi: quello che è comunemente indicato facendo riferimento alla c.d. priorità logica del diritto sull'azione, oppure, viceversa, della seconda sul primo.

La dottrina largamente dominante, fin dalla prima pandettistica tedesca, ha configurato l'azione, come situazione giuridica posta a tutela di un diritto soggettivo sostanziale, nel senso di ritenere l'esistenza di questo del tutto indipendente, e addirittura come un *primum* logico rispetto all'attribuzione dell'azione stessa. Ma tale impostazione, come è noto, è tutt'altro che pacifica: vi è una tendenza dottrinale, secondo la quale i termini della relazione sarebbero addirittura capovolti: è l'azione che preesisterebbe (in senso logico) al diritto sostanziale, e in tanto si potrebbe riavvenire quest'ultimo, in quanto per la sua tutela è

concessa un'azione; la posizione giuridica sostanziale scaturirebbe, quindi, dalla situazione giuridica che la tutela sul piano processuale, come un mero riflesso di questa. Questo orientamento può essere ricollegato al *Tutov* (¹⁷), ma proprio in Italia ha avuto i suoi più vivaci sostenitori (¹⁸), e anche assai recentemente si sono manifestate tendenze ad essa riavvicinabili (¹⁹); in realtà, la traduzione in termini di diritto attualmente positivo di un carattere che è tradizionalmente attribuito al diritto romano (²⁰), apporta all'impostazione della problematica dell'azione un elemento che deve destare il più alto interesse. Di tale elemento si può però tener conto solo in una trattazione approfondita della tematica dell'azione, la quale, come si è detto, non può essere qui neppure abbozzata; perciò, a prescindere dalle considerazioni di ordine generalissimo che sono state prima svolte, non si terrà conto nel presente lavoro della questione sollevata dall'orientamento dottrinale adesso richiamato e ci si manterrà sulle posizioni della dottrina largamente dominante, la quale, come è noto, è rimasta fedele al principio della c.d. priorità logica del diritto sostanziale sull'azione (²¹).

(¹⁷) *Norme giuridiche e diritto soggettivo*, trad. LEVI, 2ª ed., Padova, 1951, p. 206, 207; v. anche: BUNDE, *Process und Rechts*, Leipzig 1927.

(¹⁸) Cfr. FERRARIS, *Azione*, cit., pag. 4.

(¹⁹) Cfr., per es., l'impostazione di SARTA, *Diritto processuale civile*, cit., 2ª ed., Padova 1957, pag. 99 ss.; per la sua incidenza sul punto si veda anche la tesi recentemente sostenuta da ALLONBY, per cui i destinatari delle norme giuridiche sarebbero gli organi statali, e quindi, anzitutto, i giudici, e non i privati (*L'ordinamento giuridico*, cit., cit., pag. 46 ss. Per tale tesi cfr. BUNDE, *Der Adressat der Rechtsnormen und seine Verpflichtung*, Leipzig 1927, p. 1 ss.); sul problema dei destinatari della norma giuridica cfr.: SACCI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, voce: *Norme giuridiche (destinatari della)*, pag. 125 ss.

(²⁰) Cfr. per tutti: FERRARIS, *Azione*, cit., pag. 21 ss.

(²¹) L'orientamento tradizionale è largamente riaffermato in dottrina; emulando le citazioni alle sole opere più recenti, si ricorderanno qui i riferiti critici rivolti alla teoria della estinzione del diritto all'azione da MARELLI (*Giurisdizione e azione*, cit., pag. 118 ss.) e da FERRARIS (*Nota*, cit., pag. 26, 27). Precedentemente, per una più ampia trattazione del principio della c.d. priorità logica dell'azione sul diritto, con conclusione negativa sulla sua validità, cfr. PUGLISI, *Azione*, cit., pag. 17 ss.

II. Richiamando più in dettaglio i problemi che ineriscono ad una determinazione dei caratteri dell'azione, si può anzitutto notare come l'impostazione fondamentale della problematica relativa discenda chiaramente da quanto sin qui detto: si tratta di delineare quel *quid*, sulla cui base il titolare di una situazione giuridica soggettiva sostanziale può tutelare quest'ultima in via giurisdizionale; e questo *quid*, come è notissimo, è ricercato anche esso in termini di situazioni giuridiche soggettive.

Le posizioni di partenza della lunga evoluzione della nozione di azione sono ben note: l'orientamento proprio della prima pandettistica tedesca era nettamente nel senso di configurare l'azione come un aspetto del diritto soggettivo sostanziale che con essa si intende tutelare; si negava, cioè, all'azione il carattere di una situazione giuridica autonoma rispetto a quella tutelata, e, al contrario, la si ricomprendeva nell'ambito di questa (²²).

Successivamente a questa prima impostazione, però, tutta l'evoluzione dottrinale, anche della stessa pandettistica, si è sviluppata nel senso opposto, distinguendo cioè in modo assai netto tra azione e situazione giuridica sostanziale tutelata; ed è sulla base di questa impostazione che si è venuto affermando il principio della c.d. autonomia del processo (dal diritto sostanziale).

Attualmente l'autonomia, così intesa, dell'azione rispetto al diritto sostanziale è generalmente sostenuta in modo esplicito (²³); qualche limitazione a tale principio può forse essere

(²²) BUNDE, *System des römischen Rechts*, trad. Scialoja, Torino 1890, vol. V, pag. 1 ss.; cfr., però, in senso critico, e con una concessione per molti aspetti diversa: WUNDERLICH, *Die Artio des römischen Civilrechts*, Düsseldorf 1934; per una esposizione critica delle posizioni di ambobus questi autori v., da ultimo: FERRARIS, *Nota*, cit., cit., pag. 9 ss.

(²³) L'orientamento della dottrina sul punto è così descritto da SARTA: sulla «... autonomia dell'azione» regna universale l'accordo, considerandosi da tutti ormai definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso e il diritto stesso nella sua fase dinamica» (*Diritto processuale*, cit., pag. 97).

operata, sulla base di una analisi delle conseguenze cui giungono alcune recenti tendenze della dottrina italiana, e di cui si dirà, più in dettaglio, in seguito⁽¹⁷⁾; comunque, sta di fatto che la distinzione dell'azione dal diritto costituisce un punto sul quale la dottrina ha trovato un accordo soddisfacente; ma a questo punto cessa anche il terreno su cui ci si può muovere con un minimo di sicurezza.

Anche considerando, infatti, l'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale, come il leit-motiv della evoluzione dottrinale sul concetto di azione, si deve rilevare come tale evoluzione non presenti, purtroppo, altri dati costanti: tutti i lineamenti dell'azione, intesa come situazione giuridica autonoma, sono discutibili, e sono stati, in realtà, discussi; e la massima variabilità dei contorni dell'azione si ha proprio in dipendenza del diverso risultato che, volta a volta, secondo le varie teorie sostenute, è possibile attribuire all'esercizio dell'azione stessa: l'adesione dell'autorità giudiziaria, l'ottenimento di una sentenza di merito sulla domanda proposta, l'accoglimento, infine, della domanda stessa; e inoltre, i contorni della nozione di azione i quali sono stati maggiormente discussi sono anche quelli che presentano una più profonda incidenza sul tema relativo al contenuto dell'oggetto del giudizio.

Governerà anzitutto richiamare queste dispute nel modo più sintetico possibile, e cioè attraverso l'indicazione delle alternative di soluzioni che sono state volta a volta sostenute; si può notare, così, come si sia molto dibattuto, se l'azione, come situa-

(17) Si allude qui all'orientamento di MARAZZI, il quale per qualche aspetto ricorda da vicino la impostazione di SERVICE; vero è che tale autore non nega certo l'esistenza di un potere astratto di agire, il quale, evidentemente, esiste in modo indipendente dall'esistenza del diritto soggettivo sostanziale; ma se ciò è sufficiente a salvare l'autonomia del processo rispetto al diritto sostanziale, non lo è altrettanto a mantenere ferma la distinzione tra azione e diritto, ove si parta da una impostazione come quella, per esempio, di CALAMANDREI, secondo la quale a questo potere astratto di agire non spetterebbe la qualifica di azione; ma su ciò si dirà più dettagliatamente in seguito.

zione giuridica soggettiva, abbia i caratteri del diritto soggettivo (WACH, BÜLOW, DEGENKOLB, CARLUCCI), oppure, al contrario, quelli del potere giuridico (WINDSCHEID, GOLDSCHMIDT, SECKEL, HEIM, CHIOVENDA)⁽¹⁸⁾, sia pure con assai sensibili differenze di impostazione; se l'azione si rivolga nei confronti dello Stato (BÜLOW, ROCCO ALFR., MÜLLER, LABAND, WACH, HELLWIG, CALAMANDREI), oppure nei confronti della *entroparte* (SAVIGNY, PUCHTA, DEGENKOLB, BUTTI, CHIOVENDA); se l'azione abbia un contenuto meramente astratto (sopra citato: BÜLOW, DEGENKOLB, LIEBMAN), oppure essa abbia un contenuto concreto (tra gli altri: WACH, CHIOVENDA, CALAMANDREI, che, però, assume una posizione particolare, sulla quale si tornerà successivamente), o, infine, se esista un'azione in senso concreto accanto ad un'azione in senso astratto (ALLORIO).

Per dovendo limitare al massimo il richiamo della problematica dell'azione, in relazione all'economia generale del presente lavoro, è d'altra parte necessario riprendere in modo un po' meno sintetico le alternative indicate, e delinearne meglio la portata, svolgendo alcune considerazioni sulla esatta dei termini che esse involgono; si deve però permettere un rilievo di principio: tutti i profili dell'azione, ma specialmente quelli che sono maggiormente discussi, presentano notevolissime implicazioni reciproche, tanto che non è possibile delinearle compiutamente

(18) Ci si può ispirare per l'inclusione di CARLUCCI tra gli autori della azione come potere e non come diritto; infatti, come è ben noto, a lui si deve la configurazione dell'azione come diritto potestativo: partendo dalla lettura di questa espressione, tale inclusione sarebbe esatta. I motivi per cui riteniamo che CARLUCCI, al di là di ogni qualificazione espressa, abbia attribuito all'azione il carattere di potere, derivano dalla natura stessa del c.d. diritto potestativo: sembra, infatti, che questa figura debba essere mantenuta distinta da quella del diritto soggettivo vero e proprio, e, anzi, debba essere ricompresa nella figura del potere; in tanto si può individuare una certa affinità tra queste due figure, in quanto si configurano i diritti soggettivi stessi come una speciale categoria di poteri. Sul rapporto tra diritto soggettivo, diritto potestativo e potere, e sulla evoluzione dei lineamenti di queste nozioni, v.: SACCI BIANCHI, *Fransoni*, cit., voce: *Poteri*, *Potestà*, paragrafo in specialità pag. 178 ss.

uno di essi, senza nello stesso tempo tratteggiare, almeno in larga misura, e sia pure in modo talvolta solo implicito, anche gli altri aspetti salienti della nozione; e, correlativamente, non si può essere sicuri della esattezza di una determinazione soltanto parziale del concetto, se non si ha presente il suo armonizzarsi con gli altri elementi dell'intero quadro. La rilevanza e la portata di queste implicazioni risulteranno più chiaramente dalle considerazioni che seguono, e, d'altra parte, esse spiegano come mai i rilievi che riguardano un profilo del problema, debbano essere strettamente collegati e commisti ad altri, che concernono aspetti diversi.

Il primo dei caratteri dell'azione, come situazione giuridica soggettiva distinta da quella sostanziale per la cui tutela è posta, su cui maggiormente si discute, attiene, come si è detto, alla qualificazione dell'azione stessa come un diritto soggettivo, oppure come un potere. A prima vista, sulla base della mera enunciazione dei termini della questione, potrebbe sembrare che essa abbia una portata limitata nell'ambito di un incasellamento di una nozione di azione, già precisata nei suoi contorni, nell'una o nell'altra categoria delle situazioni giuridiche soggettive indicate: al contrario, però, tale questione rispecchia alcune alternative, le quali sono implicate con vari aspetti tra i più salienti della problematica relativa al rapporto tra diritto (sostanziale) e processo; non solo, ma dalla qualificazione dell'azione come un diritto soggettivo oppure come un potere, discendono importanti conseguenze per una più esatta precisazione di caratteri dell'azione stessa; anzi, proprio sotto questo profilo la soluzione della questione appare più densa di interessanti sviluppi, anche se non poco problematici.

Il richiamo alle nozioni di diritto soggettivo e di potere giuridico, ed ai reciproci caratteri differenziali, non è certo un richiamo, di per sé, ad una situazione dogmatica di tutto riposo: sono ben note le dispute che ancor oggi dividono la dottrina al riguardo; e, in realtà, sull'argomento è fiorita una letteratura ric-

chissima⁽⁷⁷⁾, di cui, purtroppo, non è possibile procedere ad analisi in questa sede.

La stessa impostazione del problema della qualificazione dell'azione come un diritto soggettivo, o come un potere, sembrerebbe perciò prospettare, a prima vista, un cammino denso di difficoltà, giacché alle incertezze relative ai contorni della nozione da classificare, si aggiungerebbero i dubbi concernenti i caratteri stessi delle categorie in cui classificarla. Per fortuna, la soluzione del problema, nei ristretti termini in cui lo si è impostato, può essere raggiunta con una facilità maggiore del previsto: infatti, prescindendo dalle vive dispute cui in passato essa ha dato luogo, nell'attuale stato della elaborazione dottrinale, sia della nozione di azione, come dei concetti di diritto e di potere, è possibile arrivare alla qualificazione dell'azione come un potere, non solo con un notevole margine di sicurezza, ma anche mantenendoci su un piano di considerazioni abbastanza generiche; e, del resto, poichè per quel che riguarda la problematica dell'azione si vuole basare lo svolgimento ulteriore del presente lavoro su quelli che sono i risultati più sicuri cui la dottrina è pervenuta, costituisce elemento di decisiva portata la circostanza che, nei tempi più recenti, l'orientamento nel senso della qualificazione dell'azione come un potere

(77) Non è il caso di richiamare in questa sede tutta la ricca letteratura sull'argomento. Per una completa esposizione delle tesi sulla cui base sarà proseguito lo svolgimento del presente lavoro, si rimanda alle scritture di ENZO ROMANO citate nella nota precedente, scritto in cui è delineata sinteticamente ma con chiarezza l'evoluzione dottrinale intorno alle due nozioni in questione, colta attraverso i suoi momenti più significativi. Per la letteratura posteriore, v. soprattutto: CASARETO FRENZA, Il diritto soggettivo, in *Riv. di sc. giur.*, 1947, 181; GUZZO, Potere giuridico e diritto soggettivo, in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, 210; BALLARON FACCINI, Diritto soggettivo e diritto reale, in *Dir. e giur.*, 1952, I; BARRON, *Contra e pro pro et interno* e *pro et interno* del diritto soggettivo, in *Jur.*, 1952, 491. Per quel che riguarda, specificamente, la letteratura amministrativistica, si veda soprattutto la seconda edizione (Padova, 1952) dei *Principi di diritto amministrativo* (pag. 42 m.) di MITTE, e la monografia di CASARETO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1954 (pag. 76 m., 153 m.), con ampie e sicure citazioni bibliografiche.

ha preso nettamente il sopravvento sulla tendenza opposta, in modo assai più netto di quanto non appaia dalle sommarie citazioni prima compiute.

La conclusione indicata deve, però, essere fondata su argomentazioni diverse, secondo che si accolga la tesi, in base alla quale l'azione sarebbe rivolta nei confronti dello Stato, oppure, al contrario, si ritenga che essa è rivolta nei confronti della controparte: ciò costituisce un'altra manifestazione di quelle implicazioni tra aspetti diversi della nozione in esame, cui si è già accennato.

Nella prima ipotesi, infatti, il ragionamento da seguire dovrebbe toccare i punti seguenti: se l'azione costituisse un diritto soggettivo, bisognerebbe rinvenire una situazione giuridica soggettiva di obbligo ad essa contrapposta: uno dei caratteri meno discussi della nozione di diritto soggettivo, infatti, consiste nella sua correlazione con un obbligo, nell'ambito di un rapporto giuridico intersoggettivo⁽⁴⁵⁾: ora, è proprio l'individuazione di questo obbligo che urta contro difficoltà insormontabili.

Anzitutto, un rilievo di ordine generale: su qualunque base si ricerchi quel vincolo all'esercizio della funzione giurisdizionale, che, indubbiamente, sorge con l'esercizio dell'azione, non assume, sotto questo profilo, nessuna rilevanza la circostanza per cui il giudice, come persona fisica, è tenuto ad emanare la sentenza, sotto pena di sanzioni civili e penali⁽⁴⁶⁾; infatti, questa situazione di vincolo del giudice può essere facilmente ricondotta nell'ambito del dovere, cui è soggetto ogni titolare di un pubblico ufficio, di porre in essere gli atti propri di questo; tale dovere, quindi, da un lato è posto nell'interesse della pubblica Amministrazione, ha carattere funzionale, inerisce alla qualità di organo del giudice⁽⁴⁷⁾, anche se dalla sua violazione può sca-

(45) Cf. per tutti: SANTI ROMANO, *Fundamenti*, cit., pag. 173, 174.

(46) Cf., invece, per tale collegamento: CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, pag. 112.

(47) In questo senso v.: LIEBMAN, *L'azione*, etc., cit., pag. 62.

tarire un obbligo al risarcimento del danno verso il privato; d'altro canto, esso riguarda il giudice come persona fisica, e non incide sulla configurazione dell'azione, nei cui confronti è necessario tener conto dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, come attività statale.

Limitato così il campo di ricerca, non è certo necessario spendere troppe parole per mostrare come non sia assolutamente rispondente alla realtà del nostro ordinamento positivo la configurazione di un obbligo da parte dello Stato alla esplicazione della funzione giurisdizionale, come correlativo di un diritto di azione del privato. Se ci si vuole mantenere su un piano di considerazioni generali, pare già sufficiente il richiamo al principio della relatività dell'azione, prima ricordato, per mostrare come non appaia più conforme all'attuale regolamentazione dei rapporti tra individuo e Stato, l'attribuzione al primo di un vero e proprio diritto nei confronti del secondo, avente per contenuto la tutela giurisdizionale; e se, sulla base di altre concezioni politico-sociali, tradotte, s'intende, puntualmente, in dati ordinamenti giuridici, poteva forse essere sostenibile la teoria della *Rechtsschutzanspruch*, si spiega molto bene come attualmente la dottrina sia fortemente critica nei suoi confronti⁽⁴⁸⁾.

Se poi si scende a considerazioni di carattere più particolare, il discorso si fa ancora più facile: è sufficiente conforto per la soluzione qui accolta, infatti, l'accenno alla qualifica di funzione che è normalmente attribuita all'attività giurisdizionale da parte dello Stato; ora, come è ben noto, la funzione, di per sé, non può né essere ricompresa in un singolo rapporto giuridico, né essere collegata (di conseguenza) ad un diritto soggettivo⁽⁴⁹⁾: ciò appare addirittura ovvio, ove si consideri che la funzione non è altro che un modo di considerare l'esercizio di

(48) Cf., da ultimo: ATAMON, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 51, 52, ma muovendo da un particolare punto di vista.

(49) V., in proposito, gli interessanti riferimenti di SCHUBERT: *Note sulle nature dei diritti civili*, in *Foto it.*, 1952, I, 1345, 1346.

un potere⁽¹⁴⁾; ma sui caratteri del potere si dirà in seguito più dettagliatamente.

La funzione può avere dei momenti vincolati, ma solo mediante il collegamento del suo esercizio a determinati presupposti, collegamento operato dalla legge. Questa considerazione dà già uno spunto di notevole consistenza per la ricerca della possibile connessione tra esercizio dell'azione da parte del privato ed esplicazione statutale della funzione giurisdizionale: il primo costituisce un presupposto per la seconda; e questo presupposto vincola l'esplicazione della funzione giurisdizionale da un doppio punto di vista: nel nostro processo civile, da un lato, l'attività giurisdizionale non è promossa se non sulla base dell'esercizio dell'azione, dall'altro, essa «deve» essere promossa se l'azione è esercitata.

Sarebbe assai interessante l'analisi del vincolo che lega la esplicazione della funzione giurisdizionale all'esercizio dell'azione; escluso che si possa parlare di obbligo, il pensiero corre subito ad un'altra situazione giuridica di vincolo: il dovere; più precisamente, però ci si trova dinanzi ad un aspetto vincolato dall'esercizio di una funzione: ossia, a quel fenomeno che usualmente, ma in modo assai inesatto, viene qualificato con l'espressione: potere-dovere⁽¹⁵⁾. Il punto è assai interessante, ma non può essere qui approfondito, perchè ci porterebbe troppo lontano dal nostro tema: solo, sembra che possa rivelarsi come molto proficua l'applicazione all'ipotesi in esame della elaborazione della dottrina amministrativistica, a proposito dei vincoli posti dalla legge all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione.

D'altra parte, la qualificazione dell'azione come un potere non può essere scossa, se si parte dal diverso punto di vista prima

indicato: quello, cioè, secondo cui l'azione sarebbe una situazione giuridica soggettiva rivolta nei confronti della controparte. Certo, in questa ipotesi verrebbero meno le ragioni prima indicate, che osterebbero all'individuazione di una situazione di obbligo in correlazione all'azione; ma esse sarebbero sostituite da altri motivi, non meno fondati.

Infatti, quale che possa essere il contenuto della situazione giuridica nella quale si troverebbe la controparte nei confronti dell'esercizio dell'azione, non pare che essa possa essere profilata in modo diverso dalla mera suggestione, secondo il concetto istituzionale di quest'ultima; appare, anzi, addirittura superfluo richiamare l'analisi che di tale posizione ha fatto il CHIOVENDA, costruendo l'azione come un diritto potestativo⁽¹⁶⁾; ora, non solo il contenuto della suggestione è profondamente diverso da quello dell'obbligo, ma uno dei caratteri differenziali della prima nei confronti del secondo, sta nel collegamento operato comunemente dalla dottrina dominante, tra la suggestione stessa e il potere giuridico⁽¹⁷⁾; e, sotto questo profilo, si può anche prescindere da quei rilievi critici, peraltro esattissimi, che sono stati rivolti alla configurazione della situazione di suggestione⁽¹⁸⁾, come elemento caratteristico della nozione di potere⁽¹⁹⁾.

Allo stato attuale dell'elaborazione dottrinale, appare quindi abbastanza agevole la conclusione per cui l'azione sia

(14) Su tale nozione v., *supra*, la nota 12.

(15) Cf. la bibliografia citata da CASARETO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 103, nota 68.

(16) Si ricordi come recentemente sia stata costruita la tesi costruita alla configurazione della suggestione come una situazione giuridica soggettiva autonoma (CASARETO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 103 n.); anche prescindendo dalla esattezza di questa conclusione, la quale, certo, non può essere vagliata in questa sede, pare che essa debba essere in ogni caso apprezzata come indice di una esigenza di approfondimento di una nozione, la cui esatta conoscenza è di gran lunga inferiore alla frequenza e alla portata del suo impiego.

(17) Cf. tali rilievi in SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 151, 156. Il quale esattamente nota come il problema dei rapporti tra potere e suggestione sia stato male impostato in dottrina.

(14) Cf. per tutti: SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2ª ed., Milano 1947, pag. 111.

(15) Cf. su tale espressione i rilievi critici di SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 152, 153.

un potere giuridico, anche se si parte dalla concezione chiovendiana, peraltro assai poco seguita⁽¹⁷⁾, secondo cui essa sarebbe rivolta nei confronti della controparte. Ma la soluzione del problema proposto sarebbe di per sé sterile, se non se ne trassero tutte le ulteriori conseguenze possibili.

Infatti, la qualificazione dell'azione come un potere non costituisce certo una sufficiente caratterizzazione dell'azione stessa: la figura in esame può, però, essere definita con una maggiore ricchezza di dettagli, proprio applicando ad essa i caratteri del potere, e in ciò sta la maggiore utilità di una qualificazione che, come si è detto, non si esaurisce in una mera operazione di incasellamento.

D'altra parte, per procedere in questo senso, è necessario basarsi su un concetto del potere ben più compiutamente delineato rispetto alla relativa indeterminatezza di esso che è fin qui bastata; e in tal modo, si deve abbandonare il terreno, assai ristretto in verità, sul quale una certa unanimità di dottrina poteva dare un sufficiente margine di sicurezza, per scegliere una tra le molte e molto differenziate teorie sostenute sull'argomento; poichè in questa sede non è evidentemente possibile procedere ad una esauriente analisi di tutte queste teorie, ci sia consentito di prospettare qui i caratteri da attribuire alla nozione di potere, secondo la tesi cui si aderisce, senza dar conto dei motivi della scelta compiuta.

Richiamando tali caratteri nel modo più sintetico possibile, si può notare come il potere costituisca una situazione giuridica soggettiva⁽¹⁸⁾ attiva⁽¹⁹⁾, la quale è immediatamente collegata

(17) Per riferirsi alla stessa seguita che ha avuto la dottrina di Chiovenda su questo punto, cfr. PIZZANI, *Ateneo*, cit., pag. 16.

(18) Nella dottrina più recente si mette molto in rilievo il carattere strumentale e di tale situazione giuridica soggettiva; cfr. per tutti CASANOVA, *Le situazioni giuridiche, ecc.*, cit., pag. 115 ss.; cfr. anche MULLA, *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova 1954, pag. 79, che attribuisce il carattere della strumentalità alla stessa personalità, intesa come titolare di poteri e di facoltà.

(19) La definizione del potere come una situazione giuridica soggettiva attiva non deve far pensare che la titolare del potere stesso debba essere collegata

con la capacità del soggetto⁽²⁰⁾; che esso si distingue dal diritto soggettivo perchè, a differenza di questo, non solo non si trova in correlazione con la figura dell'obbligo, ma il suo svolgimento non può neppure essere ricompreso nell'ambito di un rapporto singolo⁽²¹⁾, e ciò, anche se mediante il suo esercizio possono essere costituiti rapporti giuridici⁽²²⁾, o, più in generale, altre situazioni giuridiche, soggettive e non⁽²³⁾; e che, infine, il potere giuridico, per questi suoi caratteri, può essere esercitato innumerevoli volte in relazione ad infinite fattispecie concrete, senza che però tali suoi esercizi, neppure valutati nel loro complesso, possano esaurire il suo contenuto⁽²⁴⁾.

I caratteri del potere giuridico così delineati presentano sin-

con la capacità di agire, giacchè la c.d. capacità attiva può anche essere capacità giuridica; in questo senso v.: SAVI BENTON, *Frammenti*, cit., pag. 175, 176; contro, v.: MULLA, *Principi*, cit., pag. 41 e pag. 42 ss.

(20) SAVI BENTON, *Frammenti*, cit., pag. 176, 181; come si è accennato alla nota precedente, la capacità cui il potere si rinvia è quella giuridica e non quella di agire.

(21) SAVI BENTON, *Frammenti*, cit., pag. 179 ss.

(22) SAVI BENTON, *Frammenti*, cit., pag. 181, 182.

(23) Ciò attiene alla definizione stessa di potere giuridico come «...forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico per produrre o conservare o produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica» (MULLA, *Principi*, cit., pag. 41); la dottrina è sostanzialmente in questo senso; v., da ultimo: CASANOVA, *Le situazioni giuridiche, ecc.*, cit., pag. 118 ss.; v. anche, del, le citazioni di opinioni che puntano a restringere la qualifica di potere solo ai casi in cui si produce un determinato effetto giuridico; notevole, sotto questo profilo, la tesi secondo la quale i veri poteri giuridici sarebbero solo quelli c. d. normativi, mediante i quali, cioè, si pone in essere un atto avente carattere normativo; s'intende che allora dovrebbe essere considerato atto normativo anche il negozio di diritto privato, secondo la teoria dell'autonomia privata prima citata (v. nota 41); per una completa classificazione dei vari tipi di poteri, v., però, SAVI BENTON, *Frammenti*, cit., pag. 179 ss.; particolarmente importante è la distinzione tra poteri mediante i quali si costituisce, si modifica o si estingue una situazione giuridica (di cui i poteri c. d. normativi sarebbero solo una categoria) dai poteri con i quali si realizza, conserva, modifica, ecc., situazioni giuridiche preesistenti senza crearle o modificarle; v. sul punto anche SALVENDI BENTON, *Autonomia privata*, cit., pag. 112.

(24) SAVI BENTON, *Frammenti*, cit., pag. 180; contro: MULLA, *Principi*, cit., pag. 41 ss.

D) golarci coincidenze con quelli dell'azione in senso astratto, così come questa è usualmente tratteggiata in dottrina.

L'azione in senso astratto, infatti, è tradizionalmente configurata come una situazione giuridica soggettiva che è attribuita al soggetto in quanto tale⁽¹⁷⁾, e che può essere esercitata con l'adire l'autorità giudiziaria, affermando l'esistenza e la titolarità di una qualsivoglia situazione giuridica di carattere sostanziale; tale esercizio costituisce il presupposto per l'esplicazione dell'attività giurisdizionale statale nel senso prima chiarito⁽¹⁸⁾; è ovvio, peraltro, che l'azione esercitata è sempre identica, qualunque sia il diritto sostanziale che in tal modo è fatto valere sul piano processuale e indipendentemente dal numero di volte e dalla varietà di tali diritti sostanziali in relazione ai quali l'azione stessa viene esercitata.

In questa definizione dell'azione in senso astratto è dato rilevare tutti i caratteri del potere giuridico, secondo la nozione di questo qui accolta: il suo collegamento con la capacità giuridica del soggetto, la sua identità rispetto alla pluralità dei suoi esercizi e alla varietà di fattispecie in relazione alle quali tali esercizi sono effettuati, e la impossibilità della sua ricompressione nell'ambito di un solo rapporto giuridico; infine, la creazione di una nuova situazione giuridica, se non di un rapporto, come sosterrrebbe la teoria dello *Rechtsschutzanspruch*, la quale creazione costituirebbe, appunto, l'elemento caratteristico del potere.

La coincidenza riscontrata viene però meno, se si considera la comune definizione dell'azione in senso concreto; ma è proprio delineando in modo più conforme ai caratteri del potere

(17) Intendendo questa espressione in un senso diverso da quello di cui nel testo, cfr. i rilievi di LIEBMAN, sulla rilevanza costituzionale dell'azione intesa come potere astratto di agire (*L'azione*, cit., pag. 63).

(18) Cfr. queste parole di LIEBMAN: « Il contenuto dell'azione e... è pertanto quello di produrre un effetto giuridico rilevante nell'ambito delle norme strumentali; effetto che consiste nel verificarsi dell'evento a cui lo Stato ha condizionato l'esercizio effettivo della potestà giurisdizionale » (*L'azione*, cit., pag. 64).

anche i contenuti dell'azione in senso concreto, che la qualificazione dell'azione come un potere può dare i suoi frutti più interessanti: perciò, non deve essere di ostacolo a procedere in tal senso la circostanza che così è necessario operare un cambiamento talvolta cospicuo di prospettiva rispetto alla tradizionale impostazione; e, d'altra parte, la certezza dell'esattezza della qualificazione dell'azione come un potere, deve essere la migliore garanzia della uguale esattezza delle applicazioni di questa tesi che siano correttamente compiute. L'importanza del tema rende opportuno al riguardo lo svolgimento di qualche considerazione.

12. L'aspetto maggiormente dibattuto della nozione di azione è quello che riguarda il contenuto di essa; e il problema della sua determinazione è stato tradizionalmente discusso sotto il profilo della c.d. astrattezza o concretezza. Le dispute al riguardo sono addirittura celebri, e, in realtà, esse, toccando il tema centrale della problematica dell'azione, hanno una portata di tanta rilevanza, che la loro storia si identifica per larghi tratti con l'evoluzione stessa del concetto in esame.

I termini del problema sono ben noti: si tratta, in sostanza, di vedere se l'azione debba essere concepita come « ... garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale... » oppure come « ... un potere spettante a chiunque uti civis si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione... »⁽¹⁹⁾.

Se all'azione, infatti, si attribuisce il carattere dell'astrattezza, il suo esercizio costituisce il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dello Stato, ma esso non determina in nessuna maniera il modo con cui questa esplicazione avverrà, e cioè il contenuto del provvedimento decisivo che emergerà il giudice; se, al contrario, all'azione si attribuisce

(19) CALAMANDREI, *Le relazioni*, cit., pag. 24.

il carattere della concretezza, allora il suo esercizio, non solo metterà in modo la funzione giurisdizionale, allo stesso modo dell'esercizio dell'azione concepita astrattamente, ma, a differenza di questa, determina anche il contenuto del provvedimento decisivo: tale contenuto sarà di tutela del diritto sostanziale fatto valere dall'attore.

Naturalmente, a questa profonda diversità di contenuto e di effetti, deve corrispondere anche un diverso collegamento dell'azione, concepita, rispettivamente, in senso astratto oppure in senso concreto, con la situazione giuridica sostanziale fatta valere: infatti, l'azione in senso astratto, di per sé, prescinde nel modo più assoluto da tale situazione, e, in maniera del tutto indipendente da essa, provoca sempre l'esplicazione della funzione giurisdizionale; invece, l'azione concepita in senso concreto, poiché determina l'emaneazione di un provvedimento decisivo di tutela della situazione giuridica sostanziale fatta valere, deve necessariamente essere in qualche modo con questa connessa.

Ma è proprio nel tratteggiare tale connessione che il terreno non è scevro di difficoltà; o, più esattamente, che l'orientamento tradizionale non può essere accettato, giacché contrasta con la nozione di potere giuridico qui accolta.

Normalmente, il rapporto tra azione concepita concretamente, e situazione giuridica sostanziale, è delineato sulla base del condizionamento dell'esistenza della prima da parte dell'esistenza del secondo: in tanto esisterebbe, cioè, il potere concreto di agire in tutela del diritto sostanziale, in quanto esista il diritto stesso; ma, partendo dalla nozione di potere giuridico i cui caratteri sono stati prima indicati, non sembra possibile condizionare l'esistenza di un potere, quale quello di azione, alla nascita o all'estinzione, all'acquisto o alla perdita, di un diritto soggettivo; e, soprattutto, appare difforme dalla figura del potere, la limitazione del suo contenuto in relazione ad una singola fattispecie.

Perciò, se si vuole tener fermo che anche l'azione in senso

concreto, non meno che l'azione in senso astratto, costituisce un potere, anche i caratteri della prima devono essere delineati partendo dalla premessa fondamentale: che essa, di per sé, è e rimane unica, rispetto alla pluralità dei diritti soggettivi sostanziali a tutela dei quali può essere esercitata; sotto questo limitato profilo, l'azione concepita concretamente si pone nei confronti di tali singoli diritti soggettivi in modo non difforme da come, rispetto ad essi, si pone l'azione concepita astrattamente.

Naturalmente, con ciò non si vuole negare che, per altro verso, se si parte dall'orientamento tradizionale, il diritto soggettivo sostanziale dovrebbe essere connesso con l'azione in senso concreto in modo ben più stretto che non con l'azione in senso astratto: e, in realtà, se ci si muove nell'ordine di idee indicato, negare la diversità di tale connessione equivarrebbe a negare in radice il fondamento stesso della contrapposizione tra le due nozioni di azione.

Le considerazioni che precedono, però, se da un lato hanno una portata meramente negativa, in quanto escludono che la connessione in esame possa essere ricercata nell'ambito della figura del condizionamento di esistenza, dall'altro lato potrebbero offrire qualche spunto indicativo sull'indirizzo da imprimere a questa ricerca: il diritto soggettivo dovrebbe essere connesso non con l'esistenza, ma col mero esercizio del potere di azione (concepita concretamente). Più precisamente, sembra che al diritto soggettivo sostanziale dovrebbe essere attribuito, grosso modo, il ruolo di condizione di efficacia dell'esercizio dell'azione in senso concreto: solo se tale diritto esiste, questo esercizio produce il suo effetto tipico, ossia la determinazione del contenuto del provvedimento decisivo; l'accertamento del giudice, quindi, dovrebbe vertere sull'esistenza di tale diritto, la quale si rinviene nella domanda di parte solo nella veste di affermazione. E, del resto, il carattere di condizione di efficacia dell'esercizio del potere di azione in senso concreto, sembrerebbe sufficiente a spiegare la diversità degli effetti dell'esercizio dell'azione in tal

modo intesa, rispetto all'esercizio dell'azione concepita astrattamente.

Arrivati a questo punto, si possono facilmente intuire i termini di un problema di estrema gravità, i quali si sono venuti delineando in modo, per così dire, spontaneo, sulla base delle considerazioni sin qui svolte: e cioè, se quel potere, col cui esercizio si pone in essere il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale (azione in senso astratto), e quell'altro potere, mediante il cui esercizio si determina il modo di esplicazione di tale funzione, siano due poteri distinti, oppure piuttosto coincidano, in quanto i caratteri che si devono attribuire all'uno sono sostanzialmente identici a quelli da attribuire all'altro; e, per quel che riguarda la diversa connessione col diritto soggettivo sostanziale, essa, sotto questo profilo, non acquista rilevanza, giacché si pone in una posizione estrinseca rispetto al potere stesso, attenendo unicamente al condizionamento dell'efficacia del suo esercizio: si potrebbe allora pensare che esista un potere di azione col cui esercizio si pone in moto la funzione giurisdizionale; se al suo esercizio si accompagna la effettiva esistenza del diritto sostanziale affermato, questa giuoca come condizione per il verificarsi di un ulteriore effetto: la determinazione in corrispondenza della domanda dell'attore del provvedimento decisivo.

Il problema indicato è già stato posto di recente nella dottrina italiana, pur partendo da una nozione di potere giuridico diversa da quella qui accolta; e se, per questa ragione, la seconda delle alternative cui si è accennato, non poteva essere delineata nei termini così netti di cui sopra, certamente la prima alternativa è stata sostenuta: si è cioè affermato che nel nostro processo civile non esiste un solo potere, ma una duplicità di poteri, l'uno a contenuto astratto, e l'altro a contenuto concreto.

Sia la stessa impostazione del problema, come, e ancora di più, la soluzione che ad esso è stata data da parte della dottrina, che sarà poi in seguito più attentamente esaminata, mo-

strano soprattutto un fenomeno degno del massimo interesse: che la contrapposizione tra azione astratta e azione concreta, almeno nei termini in cui questa era stata dibattuta dalla dottrina classica, è nettamente in crisi; e ciò, per varie ragioni.

Analitico, rilievi critici si sono appuntati sulla coerenza e rispondenza alla realtà dell'uso dei termini: astratto e concreto⁽¹⁾; e anche senza esaminare *funditus* la questione così trattata, è certo che neppure l'azione c.d. astratta può prescindere, almeno nel suo esercizio, dall'esistenza in concreto di un *minimum* di presupposti; ma di ciò si dirà tra breve.

L'aspetto della crisi dell'impostazione tradizionale che sembra, però, più interessante tocca proprio la sua radice stessa: cioè, la possibilità di costruzione di un potere di agire, il quale, da un lato, sia in qualche modo autonomo rispetto al diritto sostanziale, e dall'altro, contenga in sé la effettiva possibilità di tutela di tale diritto sostanziale, e cioè di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo. Allo stato attuale di elaborazione dottrinale, infatti, pare che tale impostazione del problema lo renda puramente e semplicemente insolubile.

Infatti, se un momento essenziale della costruzione dell'azione intesa in senso concreto, è costituito dalla negazione dell'esistenza dell'azione, concepita astrattamente, tale costruzione pare impossibile, perchè ogni critica sull'esistenza del potere di agire astratto deve spuntarsi contro la realtà del nostro ordinamento positivo: non c'è alcun dubbio, infatti, che la legge riconosca al singolo un potere di adire l'autorità giurisdizionale, col cui esercizio egli mette in moto la funzione fino ad ottenere una sentenza di merito; e tale potere prescinde, evidentemente, dalla ef-

(1) Cf. l'impostazione nettamente critica del valore della contrapposizione tra « astratto » e « concreto » dell'azione di FERRI, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo amministrativo*, Firenze 1962, pag. 349, 350; v., successivamente, nella stessa senso, approfondendo ulteriormente la critica: FERRARI, *Note, cit.*, pag. 131 ss.

fettiva titolarità del diritto sostanziale vantato⁽¹¹⁾. Tale potere costituisce, anzi, uno degli aspetti più salienti di «... quella che è la realtà del nostro ordinamento positivo, e precisamente che il processo civile è una entità autonoma giuridicamente rilevante, nella quale i soggetti che chiedono e contro i quali è chiesta la realizzazione di certi tipi di tutela esercitano dei poteri processuali»⁽¹²⁾.

Costituisce un separato problema, cui può essere in questa sede solamente accennato, quello che concerne i limiti dell'astrattezza del potere in parola; certamente, esso è astratto, in quanto la sua esistenza, e anche l'effetto che si produce col suo esercizio, è nel modo più totale indipendente dalla effettiva esistenza e titolarità del diritto soggettivo sostanziale vantato; ma, d'altra parte, non c'è dubbio che l'effetto collegato al suo esercizio non si verifica se non in presenza, in concreto, di alcuni elementi: sotto questo profilo, l'astrattezza viene meno; quali siano poi questi elementi, è assai delicato stabilire: sicuramente, essi attengono all'interesse ad agire, alla legittimazione, e «... alla possibilità giuridica, che è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale»⁽¹³⁾; il solo richiamo a queste dibattutissime nozioni indica la difficoltà della materia. Giova aggiungere, ad ogni modo, che l'esplicazione della funzione giurisdizionale nei confronti del merito della domanda, e cioè l'effetto tipico dell'esercizio del potere astratto di agire, non si verifica non solo se mancano quegli elementi prima ricordati, che possono essere sommariamente riassunti nella espressione: «presupposti processuali», ma anche se l'esercizio stesso non è compiuto in modo rituale: si allude qui alla validità

dell'atto di citazione, alla giurisdizione e competenza del giudice adito, etc.

Comunemente, si parla di potere astratto d'agire con carattere di unicità, rispetto a tutti i tipi di processo regolati attualmente nel nostro ordinamento. Si potrebbe, però, forse porre il problema, se questo potere, in realtà, non debba essere moltiplicato, in relazione alla nota tripartizione di tali tipi di processo; può darsi, cioè, che non esista un solo potere astratto di agire, ma esista, invece, un potere astratto di chiedere una sentenza di condanna relativamente ad una certa pretesa, un potere astratto di chiedere una sentenza di accertamento, in relazione ad una data situazione giuridica sostanziale, e, infine, un potere astratto di chiedere una sentenza costitutiva, in relazione ad un dato effetto giuridico. La questione, comunque, per la sua complessità, può essere qui solo accennata.

Ad ogni modo, l'esistenza di un potere astratto di agire, nel senso sopra chiarito, non può, dunque, essere revocata in dubbio; sotto questo profilo, se si vuole sostenere la concezione concreta dell'azione, sembra che si debba necessariamente concordare con l'impostazione di CALAMANDREI, il quale non nega l'esistenza di tale potere astratto, ma rileva come tale potere sia del tutto estraneo alla nozione di azione, rettificando intesa: essa, in ogni caso, è costituita da un secondo potere, distinto dal primo, e avente, a differenza di questo, un contenuto concreto⁽¹⁴⁾.

Ma questa impostazione di CALAMANDREI appare assai interessante anche sotto altro punto di vista: si deve infatti riconoscere che l'individuazione del potere astratto di agire, con i caratteri prima indicati, non risolve affatto la problematica dell'azione, così come questa è stata dibattuta fin dalla prima pandettistica tedesca; o, per meglio dire, non soddisfa in alcun modo quell'esigenza, in base alla quale tale problematica è sorta: come

(11) Vedi, in questo senso, le esatte, vivaci parole di ALLARD, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 12.

(12) MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., pag. 121.

(13) LUTTMAN, *L'azione*, cit., pag. 66; v., int., l'impostazione del problema, cui si aderisce nel testo; cfr. anche l'individuazione della tesi di CALAMANDREI, concernente il collegamento tra legittimazione e azione.

(14) CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., pag. 113.

si è già accennato, infatti, si è intrapreso il disegno della nozione di azione in vista di un effetto ben preciso: la tutela del diritto sostanziale; ora, il potere astratto di agire non ha, infatti, nè per i suoi caratteri potrebbe avere, nessuna rilevanza al riguardo: il suo esercizio garantisce, tutt'al più, l'esplicazione della funzione giurisdizionale, ma non che questa esplicazione avverrà in modo da tutelare il diritto vantato.

E quando si afferma, da uno dei più acuti e brillanti sostenitori della concezione astratta dell'azione che essa «... come tutti i diritti processuali, ha in sé un elemento di rischio (non ignoto del resto, ad altri rapporti giuridici), che non può essere eliminato...» (*), si dipinge esattamente l'aspetto caratteristico del potere astratto di agire, ma si riconosce anche, esplicitamente, la sua limitazione funzionale: che esso è inadatto a chiarire il punto cruciale dei rapporti tra diritto e processo, e cioè a chiarire quale sia la base su cui il titolare di un diritto sostanziale può ottenere la sua tutela; o, meglio, e più esattamente, la base su cui il diritto sostanziale è tutelato. Malgrado il grande passo avanti, compiuto con l'individuazione di un potere astratto di agire, il problema centrale rimane quindi aperto, negli stessi termini in cui esso si è posto per la prima volta: si tratta di individuare il fattore di determinazione del contenuto del provvedimento giurisdizionale, la cui emanazione è assicurata dall'esercizio del potere astratto; quel fattore di determinazione che, con la sua presenza, vincola l'esplicazione della funzione giurisdizionale nel senso voluto dall'attore, e con la sua assenza la vincola nel senso contrario.

E non solo questo fattore di determinazione va ricercato *altronde*, rispetto al potere astratto di agire, ma questo non può neppure costituire elemento di una situazione giuridica soggettiva più complessa, il cui esercizio possa costituire la base per l'effettiva tutela del diritto sostanziale: infatti, il potere astratto,

(*) LOMAS, *L'azione*, cit., pag. 61.

per sua natura, prescinde da tale diritto, mentre un potere che avesse un contenuto concreto, dovrebbe essere a questo collegato; e ricorrere all'esplicente, prima accennato, di attribuire al diritto sostanziale il mero ruolo di condizione di efficacia dell'esercizio, equivale a negare che la concretezza sia un carattere del potere.

Sono queste le ragioni per cui la contrapposizione tra azione concepita in modo astratto, e azione delineata in modo concreto, così come era dibattuta tradizionalmente, costituisce i termini di un problema di per sé insolubile; e probabilmente ciò era il frutto di «... una serie di equivoci» (**), giacchè, in realtà, i seguaci dell'una teoria ponevano a base della loro costruzione elementi diversi, e le attribuivano diversa funzione, di quella di cui tenevano conto i seguaci della teoria avversa.

Non si può, in questa sede, procedere ad una analisi approfondita, relativamente all'individuazione di quel fattore di determinazione del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale cui si è accennato; si può solo notare come, tra le varie soluzioni possibili, le due che appaiono di gran lunga le più attendibili siano state recentemente sostenute in Italia da insigni autori.

La prima di queste soluzioni è quella più conforme all'orientamento tradizionale sostenuto dai seguaci della concezione concreta dell'azione: e, cioè, che questo fattore di determinazione deve essere rinvenuto nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto sostanziale: un potere avente contenuto concreto.

È stato, cioè, sostenuto, che, accanto al potere astratto di agire, spetta al singolo anche un potere concreto, col cui esercizio viene determinato il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale; il meccanismo di produzione di questo effetto dovrebbe essere, grosso modo, simile a quello visto a proposito del

(**) CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., pag. 113.

potere astratto di agire: con l'esercizio di quest'ultimo si crea il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale, con l'esercizio del primo, si crea il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale in modo conforme alla domanda dell'attore.

È questa la tesi di CALAMANDREI, prima esposta; e, di recente, ha manifestata un orientamento sostanzialmente nello stesso senso anche ALLORIO⁽⁷⁷⁾. Vero è che mentre CALAMANDREI come si è detto, è particolarmente reciso nel qualificare solo il potere a contenuto concreto col termine: « azione » rifiutando identica qualifica all'altro, al contrario, ALLORIO parla di « azione » sia nell'uno come nell'altro caso; ma questa divergenza sembra che possa essere ricondotta nell'ambito di una questione meramente terminologica, una volta che restino completamente chiarite le differenze di caratteri, funzioni e effetti dell'uno e dell'altro potere.

Questa costruzione è, di per sé, compiuta e logicamente inattuabile; l'unico lato da cui per essa potrebbero venire delle critiche sarebbe quello della sua rispondenza con l'effettiva regolamentazione del nostro processo civile. Per esempio, avanzando un rilievo di modesta portata, si può dubitare della possibilità di ravvisare nell'atto di citazione l'esercizio contemporaneo di ambedue i poteri, quello astratto e quello concreto, come pure bisognerebbe fare in base alla teoria sopra esposta.

È l'aspetto della costruzione, nei cui confronti sarebbe forse possibile avanzare una critica, sta nella moltiplicazione in tal modo operata di situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e processuali, concrete e astratte, moltiplicazione che, probabilmente, non corrisponde ad una effettiva esigenza dogmatica.

In questo ordine di idee va valutata l'interessantissima tesi sostenuta da MICHELLI, che prospetta la seconda soluzione possibile del problema in esame. MICHELLI, sulla base del rilievo

⁽⁷⁷⁾ L'ordinamento giuridico, etc., cit., pag. 59 ss., e soprattutto pag. 73, 76.

concernente l'inopportunità della moltiplicazione di situazioni giuridiche prima detta, ha avanzato l'opinione della possibilità di ricomprensione nell'ambito dello stesso diritto soggettivo sostanziale dell'azione intesa in senso concreto; più precisamente egli afferma che: « Il potere concreto rientra nel fascio di poteri di cui si ritiene sia formato il diritto soggettivo... »⁽⁷⁸⁾.

Il profilo più notevole di questa opinione è rilevabile in base alla circostanza che con essa si è, in un certo senso, chiuso l'anello della evoluzione della nozione di azione, ritornando alla posizione di partenza: si è, cioè, ritornati alla impostazione di SAVIGNY, secondo il quale nel diritto soggettivo stesso è da rinvenirsi quell'elemento che fonda la sua tutela: il fattore di determinazione del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale. E questo ritorno alle posizioni di partenza non è senza un profondo motivo: la distinzione dell'azione dal diritto soggettivo, che, come si è visto, costituisce un tratto comune della dottrina posteriore a SAVIGNY, doveva portare un frutto assai prezioso: la costruzione dell'autonomia del processo rispetto al piano del diritto sostanziale, intesa come configurazione di una serie di poteri che si svolgono esclusivamente sul piano processuale, e che prescindono nel modo più completo dalla titolarità di qualsiasi situazione giuridica sostanziale; e il primo di questi poteri, anche in ordine di importanza, è, appunto, quello astratto di agire.

Ma individuata l'esistenza di questo potere, e, in base alla evoluzione che hanno subito i suoi caratteri, determinati anche i suoi limiti, non poteva non riproporsi il problema della distinzione dal diritto soggettivo di quell'elemento sulla cui base il diritto stesso poteva essere tutelato in via giurisdizionale; d'altra parte, una volta cessata la causa che spingeva alla ricerca di quel *quid* al di fuori del diritto sostanziale, individuato poi nel modo che si è detto, è assai facilmente comprensibile che

⁽⁷⁸⁾ *Giurisdizione e azione*, cit., pag. 114.

a tale problema fosse data una soluzione opposta; e ciò, sembra, anche in armonia col concetto stesso di diritto soggettivo; senza voler entrare minimamente nelle notissime e assai complesse dispute sulla natura di questo, pare poter affermare che ogni sua definizione debba tener conto della possibilità, in esso stesso insita, della sua tutela giurisdizionale; ogni citazione di dottrine famose sarebbe qui forse di luogo.

L'aspetto più rilevante e di maggior interesse della costruzione prospettata da MICHELI risiede, perciò, senza dubbio, nella riconduzione nell'ambito del diritto soggettivo sostanziale del fattore di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo la cui emanazione è garantita dall'esercizio del potere astratto di agire.

Può però sollevare qualche dubbio la natura che è attribuita a tale fattore e, di conseguenza, il rapporto delineato tra questo e il diritto soggettivo in cui è ricompreso.

Si è già detto che MICHELI accenna, a questo proposito, ad un potere ricompreso nel contenuto del diritto; ora, questa ricomprensione di un potere in un diritto non pare configurabile, sulla base di quella nozione di potere qui accolta: come si è già detto, il carattere forse essenziale di tale nozione risiede nella circostanza che il potere non si esaurisce in un singolo rapporto, e tanto meno, quindi, potrebbe essere ricondotto nel contenuto di una situazione giuridica soggettiva la quale, strutturalmente, è elemento costitutivo di un singolo rapporto.

Il potere, in ogni caso, andrebbe delineato in modo autonomo rispetto al diritto soggettivo nei cui confronti esso viene esercitato, e ciò, secondo lo schema prima ricordato; parrebbe, allora, che, in tal modo, si venisse a negare in radice la possibilità di riconduzione nel diritto soggettivo stesso del fondamento della sua tutela giurisdizionale, ma ciò non è, in quanto non sembra necessario configurare tale fondamento come un potere giuridico.

Senza dubbio, l'orientamento dottrinale è tutto nel senso

favorevole a questa configurazione. Però, cercando di ricostruire il ragionamento che deve stare alla base di tale orientamento, forse è possibile così puntualizzarlo: la determinazione del contenuto del provvedimento decisivo deve essere intimamente collegato con una (o la, secondo le opinioni) situazione giuridica del titolare del diritto sostanziale fatto valere; e questo collegamento è così stretto, che è normalmente visto nel senso che tale determinazione è frutto dell'esercizio di quella situazione giuridica soggettiva: ora, come è ben noto, la produzione di una ulteriore situazione giuridica⁽¹⁷⁾, e, più in generale, di una modificazione della situazione giuridica preesistente⁽¹⁸⁾, costituisce tratto caratteristico di quella situazione giuridica che va sotto il nome di potere; ecco perchè si sente il bisogno di configurare l'esistenza di un potere, avente un contenuto concreto, distinto, oppure no, dal diritto soggettivo che tutela.

Meriterebbe, però, di essere accuratamente vagliata l'esattezza di un passaggio decisivo di questo ragionamento: quello, cioè, che attiene al collegamento tra determinazione del contenuto del provvedimento decisivo e situazione giuridica soggettiva.

Si potrebbe pensare, infatti, che tale determinazione non sia direttamente l'effetto dell'esercizio della situazione giuridica soggettiva; la sua fonte allora dovrebbe essere ricercata altrove e, naturalmente, potrebbe essere rinvenuta solo nella legge stessa.

Configurando questa determinazione come un effetto *ex lege*, non si vuole certo negare che essa non sia sempre in qualche modo collegata con la situazione giuridica soggettiva, ma a quest'ultima potrebbe essere attribuito, in tal caso, il mero ruolo di fatto costitutivo della determinazione stessa: del fatto, cioè, al cui verificarsi la legge ricollega l'effetto anzidetto.

(17) SEVERI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 134.

(18) MARA, *Principi*, cit., pag. 45.

D'altra parte, poichè il fatto costitutivo, considerato come tale, può essere valutato in modo, per così dire, statico, verrebbe così meno ogni necessità di individuazione di un potere a contenuto concreto, autonomo rispetto al diritto soggettivo sostanziale, oppure in esso ricompreso, come fonte della tutela del diritto soggettivo stesso: è quest'ultimo il quale, considerato dalla legge come fattore di determinazione del modo di svolgimento della funzione giurisdizionale, contiene in sé, almeno in via mediata, il fondamento stesso della sua tutela.

Valendo riassumere schematicamente le considerazioni sin qui compiute, sembra che lo svolgimento del fenomeno processuale, nelle sue fasi essenziali che qui interessano, possa essere così puntualizzato: il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale è costituito dall'esercizio del potere astratto di agire che, come tale, spetta a chiunque, sia esso titolare o no del diritto soggettivo sostanziale fatto valere; e questo presupposto vincola positivamente e negativamente l'esplicazione della funzione giurisdizionale stessa. Quanto poi al modo in cui tale esplicazione viene compiuta (il che val quanto dire: il contenuto del provvedimento decisivo) questo è collegato direttamente dalla legge ad un determinato presupposto: l'effettiva esistenza del diritto soggettivo vantato dall'attore; infatti, se tale diritto esiste, il giudice dovrà emettere una sentenza di accoglimento della domanda dell'attore; se tale diritto, al contrario, non esiste, il giudice dovrà emettere una sentenza di rigetto.

L'accertamento della situazione giuridica che determina il contenuto del provvedimento decisivo di merito, equivale, dunque, all'accertamento dei presupposti, sulla cui base tale provvedimento deve essere emesso. Valendo ricollegare questa considerazione con l'evoluzione dottrinale precedentemente indicata a proposito del problema della struttura dell'atto mediante il quale, tipicamente, viene esercitata la funzione giurisdizionale⁽¹⁶⁾, si possono svolgere i seguenti rilievi. Attualmente,

(16) Vedi, *supra*, pag. 23 ss.

sembra che l'aspetto di tale problema più vivamente dibattuto non sia tanto se nella sentenza, oltre che all'accertamento, sia da ravvisare un elemento di carattere imperativo, il che è ormai ammesso dalla dottrina dominante; quanto, addirittura, se nella sentenza sia da ravvisare solo questo elemento di carattere imperativo: coordinando questa alternativa con quanto fin qui detto, risulta come si controverta se la sentenza consista solo nel provvedimento col quale il giudice accoglie o respinge la domanda attrice condannando, o assolvendo, o producendo la modificazione giuridica richiesta, o rifiutandosi di produrla; oppure se la sentenza stessa comprenda anche l'accertamento di quella situazione giuridica sostanziale, la quale determini l'emissione di tale provvedimento.

Ad ogni modo, solo sulla base dell'analisi dello svolgersi del fenomeno processuale, nei suoi momenti salienti, è possibile intraprendere ogni tentativo di delimitare in termini di situazioni giuridiche soggettive la posizione del soggetto nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dello Stato.

Un'indagine del genere esula, evidentemente, dai limiti del presente lavoro; si possono svolgere al riguardo, però, alcuni rilievi di carattere generale, i quali, indicando, almeno in linea di massima, quali sono le conseguenze cui è necessario arrivare sulla base delle premesse poste, possano portare ulteriore elementi di valutazione sulla fondatezza di queste.

Anzitutto, si può notare come non si possa trattare unitariamente la posizione del soggetto nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale statale, ma, al contrario, essa debba essere separatamente considerata in relazione a quelli che sono i momenti salienti di tale esplicazione: perciò, in relazione a questa, non esiste una sola situazione giuridica del privato, ma una pluralità di situazioni.

Una prima distinzione da operare in proposito, discende, anzitutto, dalla duplicità di limitazioni che l'organo giurisdizionale incontra nell'esercizio della funzione ad esso attribuita: li-

mitazioni relative all'*en*, ossia che stabiliscono se la funzione giurisdizionale (di merito) debba essere esercitata o meno; limitazioni relative al *quomodo*, ossia che determinano se la funzione giurisdizionale (di merito), debba essere esercitata favorevolmente alla domanda dell'attore, oppure in senso contrario ad essa. In relazione a questa duplicità di profili, sotto cui può essere valutata l'esplicazione della funzione giurisdizionale, sembra che debbano essere delineate due distinte situazioni giuridiche soggettive del privato: da questo punto di vista, risulta confermata quella esigenza, che aveva portato alla duplice costruzione di una nozione di azione in senso astratto e di una nozione di azione in senso concreto.

In base a quanto sin qui detto, la situazione giuridica del privato in relazione al primo dei profili indicati, sotto cui l'esplicazione della funzione giurisdizionale assume rilevanza, dovrebbe essere costituita da quel potere astratto di agire, la cui esistenza nel nostro ordinamento è incontrovertibile. Al contrario, rimangono incerti, per il momento, i contorni della situazione giuridica del privato, in relazione al secondo dei profili suaccennati: la situazione giuridica sostanziale, infatti, di cui il privato è titolare, se costituisce il presupposto cui è legata, nel *quomodo*, l'esplicazione della funzione giurisdizionale, non può costituire, di per sé, anche la situazione giuridica in cui il privato stesso si trova nei confronti di tale esplicazione.

Ma a ben guardare, sembra che anche per quel che concerne la posizione giuridica del privato in relazione del primo aspetto in esame dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, il punto non sia sufficientemente chiarito, col solo riferimento alla esistenza di un potere astratto di agire: infatti, con l'esercizio di questo potere, il soggetto non può in alcun modo provocare direttamente l'esplicazione della funzione giurisdizionale, ma può solo porre in essere il presupposto alla cui sussistenza tale esplicazione è vincolata.

Per tali motivi, l'esistenza del potere di agire non può esau-

rare l'atteggiarsi della posizione giuridica del privato in relazione all'esplicazione della funzione giurisdizionale, sotto il profilo in esame; per precisare in tutti i suoi aspetti questa posizione, pare necessario delineare un'altra situazione giuridica del privato, distinta ed autonoma, rispetto al potere di agire, e che si contrapponga a quella necessità di esplicazione della funzione giurisdizionale che sussiste, una volta che si sia verificato il presupposto al riguardo: ossia, l'esercizio del potere di agire.

I contorni di questa situazione giuridica del privato appaiono incerti, non meno di quelli della situazione giuridica del soggetto nei confronti del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso prima chiarito di questa espressione. Ed è proprio su questi punti che dovrebbe insistere un approfondimento del tema, il quale, come si è detto, è da rimandare ad altra sede.

Si può osservare sin da ora, però, come sembri che ambedue le situazioni giuridiche in esame possano essere precisate dogmaticamente sulla base di una unica nozione; in particolare, di una nozione la quale è stata studiata soprattutto nel diritto amministrativo, ma che ogni giorno di più rivela la portata generale del suo ambito di applicazione: l'interesse legittimo.

È evidentemente impossibile procedere qui ad una esposizione e ad una disamina della ricchissima letteratura esistente su questo argomento; ci sia concesso, perciò, limitarci solo ad indicare quella definizione della nozione di interesse legittimo che appare come preferibile; quella definizione, cioè, per cui esso sarebbe una situazione giuridica soggettiva, la quale « ... non è altrimenti salvaguardata che dall'osservanza delle modalità e dei presupposti per l'esercizio del potere, ovvero dall'essere determinate le condizioni perchè si possa acquistare un diritto o un potere giuridico, ovvero dall'adempimento dell'obbligo stabilito a favore di altri soggetti »⁽¹⁴⁰⁾.

(140) *Motta, Principi*, cit., pag. 11.

La definizione riportata, evidentemente, comprende nella nozione di interesse legittimo alcuni gruppi di situazioni giuridiche soggettive, le quali, se, per un lato, presentano quei caratteri comuni che giustificano la costruzione unitaria della categoria, per altro verso presentano alcune differenziazioni.

Giova qui concentrare l'attenzione su quel gruppo di interessi legittimi, i quali sono tutelati mediante l'apposizione di vincoli (modalità, presupposti, etc.), all'esercizio di un potere; più precisamente, all'esercizio di un potere di un soggetto diverso dal titolare dell'interesse legittimo stesso.

Ora, sembra che ambedue le situazioni giuridiche del privato nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, i cui contorni appaiono come incerti, possano essere meglio delineate proprio inquadrando in tale categoria di interessi legittimi: infatti, in ambedue queste situazioni è possibile rinvenire gli elementi tipici della categoria.

In ambedue i casi, è evidente che i vincoli, da cui esse sono tutelate, riguardano l'esercizio di un unico potere: quel potere che costituisce la funzione attribuita all'organo giurisdizionale; sulla nozione di funzione, come una *species* del *genus* potere, non è il caso di aggiungere nulla, al richiamo prima fatto.

Più precisamente, la situazione giuridica del privato, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale (di merito), sotto il primo profilo considerato, è tutelata solo mediante il collegamento, dettato dalla legge, tra l'esplicazione stessa, e il suo presupposto, ossia l'esercizio del potere astratto di agire; in altre parole, l'esplicazione della funzione giurisdizionale è garantita al privato, dalla circostanza per cui, quando si verifica il presupposto previsto, l'organo giurisdizionale « deve » esercitare il potere ad esso attribuito.

Analogamente, la situazione giuridica del privato, nei confronti del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, è tutelata solo mediante l'apposizione di un altro vincolo all'esercizio del potere da parte dell'organo giurisdizionale; vincolo che

stabilita riguarda il quomodo di tale esercizio; e questo vincolo si traduce nel collegamento, operato dalla legge, tra il quomodo di tale esercizio, e l'esistenza del presupposto, costituito dalla situazione giuridica sostanziale vantata dall'attore.

Le considerazioni che precedono sembrano sufficienti per qualificare come interessi legittimi le situazioni giuridiche del privato nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, situazioni che devono essere rinvenute accanto al potere astratto di agire. Ma anche da diverse argomentazioni è possibile trarre elementi indicativi della esattezza di un orientamento volto in tal senso.

La definizione della nozione di interesse legittimo sulla cui base è stato fin qui condotto il ragionamento, presenta, tra l'altro, questo aspetto saliente: essa individua il *quid proprium* della situazione giuridica in esame, delineando il meccanismo attraverso cui essa è tutelata dall'ordinamento, nei termini più strettamente tecnici che sia possibile; questo è un profilo, sotto cui la definizione in parola costituisce sicuramente un notevole progresso rispetto all'antieriore stato della dottrina.

In tal modo, nella definizione dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica di carattere sostanziale, rimane in ombra un aspetto non strettamente tecnico della nozione, il quale, peraltro, è comunemente posto in risalto: quello, cioè per cui l'interesse legittimo, così inteso, costituisce il risultato della tutela accordata dall'ordinamento ad un interesse di fatto, il quale, peraltro, non è garantito in assoluto, ma solo in quanto coincidente con un diverso interesse, privato o pubblico, soggettivizzato o no.

Non è assolutamente il caso di intraprendere in questa sede un adeguato approfondimento del punto; si può solo osservare come non pare essenziale alla nozione in esame questo fenomeno di interferenza di interessi: quel che caratterizza la situazione giuridica soggettiva che ci occupa, è quel peculiare modo della sua tutela prima indicato. Ciò premesso, non si può, però, ne-

pare che tutte le volte in cui il legislatore deve tutelare in modo diretto un determinato interesse, e in modo indiretto un diverso interesse, se e in quanto coincidente col primo, il meccanismo della figura in parola pare l'unico idoneo al raggiungimento di questo scopo; più particolarmente, in una ipotesi del genere, la situazione giuridica del titolare dell'interesse da tutelarsi solo indirettamente, non potrebbe essere delineata in termini diversi da quelli dell'interesse legittimo; in ogni caso, essa non potrebbe essere tratteggiata secondo gli schemi del diritto soggettivo, perchè la tutela di quest'ultima presenta un carattere di assolutezza, che è evidentemente incompatibile col carattere di occasionalità proprio della tutela dell'interesse in parola.

Per tali ragioni, se un'analisi del fenomeno processuale portasse ad una identificazione di una interferenza di interessi ambedue tutelati dall'ordinamento, ma uno in modo diretto, e l'altro solo in quanto coincidente col primo, un risultato del genere troverebbe una utilizzazione di notevole rilievo nell'orientamento prima indicato: esso, infatti, costituirebbe, evidentemente, una indicazione di non piccola portata della attendibilità della costruzione delle situazioni giuridiche del titolare dell'interesse subordinato secondo gli schemi propri della nozione di interesse legittimo.

Ora, sembra che il risultato indicato costituisca una meta tutt'altro che difficile da raggiungersi. Il rilievo di partenza riguarda l'esistenza nel fenomeno processuale di interessi eterogenei.

Una affermazione in tal senso è tutt'altro che nuova; più precisamente, è notissimo come nella disciplina del processo siano tutelati, in varia misura, non solo interessi privati, ma anche interessi pubblici⁽¹⁴⁾; e, del resto, ognun sa che un cospicuo profilo della problematica dell'azione concerne l'individuazione del-

(14) Per quel che riguarda il processo amministrativo, cfr. l'affermazione di BENVENUTI, per cui in esso vi è anche un « interesse del giudice » (*L'istruzione*, cit., pag. 28, 46).

la esatta misura delle interferenze reciproche di tali interessi, e i lineamenti che assume la relativa disciplina giuridica.

Tra le varie teorie che sono state sostenute in dottrina sui rapporti tra interesse privato e interesse pubblico nel processo, particolare rilievo va attribuito alla posizione di FRANCESCO CARNELUTTI. Le ragioni di ciò vanno ricercate, anzitutto, nella enorme influenza che essa ha esercitato nella posteriore dottrina processualistica italiana, influenza che si è manifestata in dichiarazioni di adesione, o che, quanto meno, ha dato luogo a polemiche assai note: il solo richiamo alla disputa con SATTA è già di troppo.

D'altro canto, la posizione di CARNELUTTI costituisce la punta avanzata di un orientamento volto ad una accentuatissima pubblicizzazione, se così si può dire, del fenomeno processuale.

La posizione di CARNELUTTI cui si allude, è quella manifestatasi in un momento ben preciso della evoluzione del suo pensiero; ed essa si trova delineata nel modo più completo nelle *Lezioni di diritto processuale civile* (15), e, successivamente, nel *Sistema del diritto processuale civile* (16).

In tali scritti, infatti, è stata sostenuta nella maniera più netta l'assoluta preminenza nel processo dell'interesse pubblico su quello privato; volendo accennare solo alle affermazioni più significative in questo senso, si ricorderà che CARNELUTTI ha sostenuto, tra l'altro, che le parti servono al processo, e non viceversa (17); che « ... si dà ragione ad una parte per la necessità che la lite sia composta, non già la lite si compone per la necessità di dar ragione ad uno dei litiganti » (18); ma la proposizione che riassume in sé l'essenziale della tesi carneluttiana, è quella, peraltro notissima, per cui lo Stato, mediante la

(15) Vol. II, *Le lezioni del processo di cognizione*, parte prima, Padova 1901 (ristampa), pag. 96 ss.

(16) Padova 1936, pag. 234 ss.

(17) *Sistema*, cit., pag. 215, 216.

(18) *Sistema*, cit., pag. 216.

esplicazione della funzione giurisdizionale, persegue l'interesse pubblico alla composizione della lite (**).

La rilevanza di tale opinione, come punto di appoggio di portata decisiva per le considerazioni precedentemente svolte, appare evidente; infatti, una volta individuata nel processo una commistione di interessi; accertato che accanto all'interesse del privato vi è anche un interesse pubblico; delineata la preminenza del secondo nei confronti del primo, cosa, peraltro, del tutto normale; è ovvia la conseguenza che l'interesse privato è tutelato, solo in quanto coincidente con l'interesse pubblico. Perciò, per quanto prima detto, la situazione giuridica del privato deve essere tratteggiata necessariamente secondo gli schemi della figura dell'interesse legittimo. Non solo, ma la cosa riesce tanto più semplice, in quanto la tutela della posizione del privato corrisponderebbe ad una coincidenza dell'interesse di questi con lo interesse pubblico: siamo quindi in presenza di quel tipo di interessi legittimi che è sottoposto a particolare analisi da parte dell'amministrativista, e che, in ogni caso, è il più noto, e il meno discusso.

La tesi di CARNELUTTI, a distanza di più di due decenni della sua formulazione, e dopo che si sono sopite le polemiche da essa suscitate, sembra mantenere intatta la sua validità. Il solo rilievo che, forse, è possibile sollevare al riguardo, concerne l'accentuazione troppo marcata, in essa, della nota pubblicistica: infatti, in tale tesi, pare sia lasciata relativamente in ombra la circostanza per cui, come si dice subito appresso, vi è un momento del processo, nel quale domina l'interesse privato: ed è il momento iniziale (**).

Sta di fatto, comunque, che quella parte della teoria del CARNELUTTI che appare indiscutibile, è più che sufficiente a

(**) *Sistemi*, cit., pag. 217, 218.

(**) Vedi, in questo senso, gli esatti rilievi di FERRARA JR., *Intervento fra diritto sostanziale e processo in materia commerciale*, in *Studi senesi*, 1926, pag. 181 ss.

indicare la predominanza che, nel processo, l'interesse pubblico acquista su quello privato, e, quindi, a qualificare come interessi legittimi le due posizioni del privato, della cui natura si discorre.

Vi è un solo momento, infatti, dello svolgimento del processo, in cui non pare possibile rinvenire un interesse statale preminente rispetto all'interesse privato: ed è il momento iniziale. Sembra che manchi assolutamente un interesse pubblico a che il soggetto adisca l'autorità giurisdizionale; e ciò, non tanto perchè lo Stato si disinteressa se il singolo fa dirimere la controversia dagli organi giurisdizionali statuali, oppure ricorre ad arbitri, ad amichevoli compositari, etc.: il che, oltretutto, non sarebbe neppure vero, nell'ipotesi in cui si tratti di diritti soggettivi indisponibili; quanto, piuttosto, perchè lo Stato lascia all'arbitrio del singolo ogni valutazione inerente alla effettiva sussistenza della controversia, alla opportunità, economica o di altro genere, di una sua sollevazione, etc. Sulla base di questo disinteresse statale si spiega, allora, perchè, in questa fase iniziale, al privato sia attribuita una situazione giuridica soggettiva, quale il potere astratto di agire, il cui esercizio è rimesso senz'altro alla sua esclusiva volontà, e che, ad ogni modo, denota una sua completa autonomia al riguardo.

Ma, all'infuori di questo momento iniziale, non è possibile rinvenire, nello svolgimento del fenomeno processuale, un altro interesse privato, il quale non coincida con un interesse statale la cui tutela, per l'importanza preponderante di questa, assume, ovviamente, un carattere di preminenza.

In particolare, accanto all'interesse del privato a che la funzione giurisdizionale sia esplicata, in conseguenza del compiuto esercizio del potere astratto di agire, si appalesa chiaramente un interesse statale avente un identico contenuto. Infatti, se questa esplicazione non avvenisse, lo Stato non potrebbe garantirsi il raggiungimento del suo fine principale, e cioè il mantenimento dell'ordine pubblico, giacchè, evidentemente, non potrebbe in-

pedire che i cittadini si facessero ragione personalmente, una volta che mancasse l'intervento statale per la concreta risoluzione delle loro controversie: sotto questo profilo la composizione della lite è un interesse pubblico.

Non solo, ma anche accanto all'interesse del privato titolare di un diritto soggettivo, a che la funzione giurisdizionale venga esplicata in modo da tutelare tale diritto, si deve rinvenire un preminente interesse statale avente un identico contenuto. Infatti, se la funzione giurisdizionale non fosse esplicata secondo le norme del diritto sostanziale, l'ordinamento giuridico che risulta da questa andrebbe evidentemente in disfacimento in brevissimo tempo⁽¹¹⁷⁾.

Ed è per tale ragione che il diritto sostanziale è posto come fattore di determinazione del contenuto del provvedimento giurisdizionale decisorio di merito.

Per tali motivi, anche sulla base dell'analisi degli interessi che interferiscono reciprocamente nello svolgimento del fenomeno processuale, è possibile pervenire alla stessa conclusione già accennata, partendo dai caratteri dell'interesse legittimo, inteso come situazione giuridica soggettiva sostanziale. È chiaro, infatti, che ove esiste un interesse statale, il quale è preminente, rispetto ad ogni altro interesse, esso sia tutelato in modo

(117) Questa correlazione tra modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, e conservazione dell'ordinamento giuridico è stata intesa da CANTALINI, quando ha affermato che è interesse della società intera a che sia data ragione a chi la ha (SISTEMA, cit., pag. 216; e che il processo tende alla composizione della lite con giustizia (op. ult. cit., pag. 248): sembra, però, che al concetto di giustizia debba qui essere sostituito quello, più tecnico, di diritto positivo. Nella stessa ordine di idee v. anche: SERRI, Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo, in Riv. dir. proc. civ., 1937, I, 41.

Fanno assai lucidivi ed esatti anche i rilievi di FRANCESCO FERRARA SR., in questo senso; v., soprattutto l'affermazione per cui «... il processo... serve... all'attuazione dei rapporti materiali secondo la legge», dove appunto, l'accento è posto sulla funzione di determinazione del contenuto del provvedimento giurisdizionale, che è svolta dalle norme di diritto sostanziale (Intervento fra diritto sostanziale, cit., pag. 183).

diretto; nella ipotesi in esame: mediante la regolamentazione dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda l'atto, e per quel che riguarda il quomodo; ossia, mediante l'apposizione di vincoli all'esercizio di un potere. L'interesse del privato è tutelato, in quanto coincidente con l'interesse pubblico, mediante il meccanismo di tutela di questo; cioè, secondo gli schemi della figura di interesse legittimo, secondo la definizione di esso qui accolta.

D'altro canto, l'attribuzione alla tutela dell'interesse privato del carattere della mediatezza, rispetto a quella dell'interesse pubblico, non deve sembrare un degradamento del primo; infatti, in un ordinamento, quale è quello vigente, per ragioni che non è il caso qui di analizzare, l'interesse pubblico è sempre, in linea di massima, tutelato in modo più energico e pronto di quel che non sia l'interesse privato; e, perciò, se un determinato interesse privato non è tutelato in sé e per sé, ma, al contrario, in quanto coincidente con un interesse pubblico, si giova indirettamente della tutela di quest'ultimo, esso viene garantito in un modo assai più penetrante di quanto non avverrebbe nell'ipotesi ordinaria⁽¹¹⁸⁾. Fenomeno, questo, ben noto ai cultori del diritto amministrativo: la restaurazione di un interesse legittimo leso da un atto della pubblica amministrazione può avvenire mediante il diretto annullamento dell'atto stesso da parte degli organi giurisdizionali amministrativi, mentre, al contrario, la restaurazione di un diritto soggettivo leso in analoga maniera può essere ottenuta solo in modo indiretto, più lungo e meno sicuro. E, del resto, per rimanere nella materia che qui specificamente ci occupa, sembra che ben difficilmente potrebbe comprendersi la configurazione come un reato (art. 328 cod. pen.) dell'omissione di un atto di ufficio da parte del giudice, se non si ravvisasse nel-

(118) Cfr. in proposito le acute considerazioni di FRANCESCO FERRARA SR., Trattato di diritto civile italiano, vol. I, Roma 1931, pag. 391. Nel senso di cui nel testo v.: SERRI ROMANO, Corso di diritto amministrativo, 2ª ed., Padova 1937, pag. 151, e Principi di diritto costituzionale, cit., pag. 134.

l'esplicazione della funzione giurisdizionale un interesse pubblico assolutamente preminente rispetto all'interesse privato avente lo stesso oggetto.

13. Come peraltro si è già accennato, alle considerazioni prima compiute sullo stato della dottrina relativo alla nozione di azione può essere attribuita solo una funzione precisa, ben delimitata, nello svolgimento del presente lavoro: esse, cioè, devono servire solo a prospettare i termini in cui può essere impostato il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio, e, quindi, per contrasto, del contenuto degli accertamenti pregiudiziali.

In realtà, la tematica dell'azione presenta un quadro assai ricco di elementi, tra di loro non sempre bene armonizzanti, e tutti di notevolissima rilevanza per l'analisi dei rapporti tra diritto e processo; e proprio la natura di quegli elementi che si fanno rientrare nella nozione di azione può fornire la chiave per la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio.

Prima ancora di avanzare qualsiasi rilievo su questo tema, si impone evidentemente il richiamo a quella dottrina tedesca, la quale ha sottoposto l'argomento a più approfondita elaborazione; e al riguardo, non si può non notare immediatamente quel contrasto, peraltro già rilevato precedentemente, tra i termini in cui l'analisi è da essa condotta, e quelli in base ai quali si discute la problematica relativa all'azione in Italia.

Malgrado la ricca letteratura che in Germania è fiorita a proposito dell'oggetto del giudizio⁽¹²⁵⁾, i caratteri della nozione sono ancora notevolmente mal sicuri, e non è facile individuare i lineamenti fondamentali di essa, intorno ai quali la dottrina presenti una certa omogeneità di opinioni; sicuramente, però, uno dei tali punti è il seguente, sul quale si deve registrare addirittura una assoluta unanimità di vedute: e cioè, che l'oggetto del giudizio «... eine Erscheinung prozessualer Natur ist, dass er

(125) Cf. retro, nota 35.

nicht mit dem materiellrechtlichen Anspruch identifiziert werden darf»⁽¹²⁶⁾; questa energica riaffermazione del carattere esclusivamente processuale della nozione, va evidentemente ben oltre una semplice valutazione di autonomia del fenomeno processuale rispetto al piano del diritto sostanziale, valutazione nella quale, peraltro, anche tutta la dottrina italiana si ritrova unanime: essa significa addirittura la negazione di una diretta rilevanza del diritto sostanziale nei confronti dell'oggetto del giudizio; si arriva, perciò ad una posizione di un astrattismo spinto all'eccesso⁽¹²⁷⁾, il quale può essere, del resto, più agevolmente colto sulla base della esposizione delle più importanti tesi sostenute a proposito del contenuto della nozione.

Al riguardo, cessa quella unanimità di vedute che è possibile rinvenire sul carattere meramente processuale di questa; ma, pur in mezzo a quelle dispute così accanite, che in Germania pongono il tema al centro della attuale problematica processualistica, è possibile raggruppare le varie opinioni manifestatesi secondo due orientamenti principali: è naturalmente inevitabile, d'altra parte, che in questo coordinamento si debbano tralasciare profonde differenze di impostazione tra le opinioni stesse.

Secondo il primo di questi orientamenti, l'oggetto del giudizio sarebbe costituito da una *Rechtsbehauptung*⁽¹²⁸⁾, dall'affermazione, cioè, dell'attore, che a lui spetta un diritto, il quale, peraltro, viene identificato non per la sua natura giuridica, ma per il suo contenuto⁽¹²⁹⁾; lo studioso italiano non può non essere

(125) SCHWARZ, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 1; nello stesso senso, v. per tutti: HANSCHEM, *Lehrbuch*, cit., pag. 20; NITSCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 141.

(126) Tra le tante sostenute dalla dottrina tedesca, la posizione di LEHR appare come la meno astratta tra tutte (*Zivilprozessrecht*, cit., pag. 90); per ulteriori citazioni nei suoi confronti v. SCHWARZ, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 8 ss.

(127) Cf. in questo senso, tra gli altri: NITSCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 142; HANSCHEM, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 142.

(128) «Der Kläger behauptet also nur, dass ihm ein Recht bestimme Inhalt, nicht aber ein Recht bestimmter Art zustehen» (HANSCHEM, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 142); il valore di questa distinzione apparirà più chiaro in seguito, sulla base delle considerazioni che saranno successivamente svolte nella causa pendente e nei suoi rapporti con l'oggetto del giudizio.

immediatamente colpito dalla particolare impostazione del problema: dall'impostazione cioè, per cui oggetto del giudizio sarebbe l'affermazione del diritto, come tale, e non, piuttosto, il diritto affermato dall'attore; non si tratta, evidentemente, di un giuoco di parole, ma di un indice di una profonda differenza di natura sostanziale.

Analogo carattere di estrema astrattezza è da ravvisarsi anche nella seconda definizione del concetto in esame, la quale nella dottrina tedesca raccoglie largo seguito; in base a tale definizione, l'oggetto del giudizio sarebbe addirittura una richiesta della parte, rivolta al giudice; ossia, secondo la nota definizione di ROSENBERG⁽¹⁰⁸⁾, il « ... auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren... »⁽¹⁰⁹⁾.

L'aspetto maggiormente saliente di questo contrasto di definizioni sta nel fatto che esso rispecchia i termini di una tradizionale polemica sorta a proposito dell'azione: e cioè se essa si rivolga alla controparte oppure allo Stato; infatti, l'affermazione di un diritto da parte dell'attore si rivolge in modo naturale verso il soggetto passivo del diritto stesso, e, cioè, verso colui il quale, col proprio comportamento, ha reso necessaria quell'affermazione medesima; diversamente, la richiesta di un accertamento con forza di giudicato non può non essere rivolta, ovviamente, che nei confronti dell'organo giurisdizionale.

Ma queste differenze possono apparire di dettaglio, di fronte al macroscopico elemento comune ad ambedue gli orientamenti ricordati: e cioè il distacco tra contenuto dell'oggetto del giudizio e diritto sostanziale.

La esatta portata di questo distacco può essere valutata ricollegando l'impostazione della recente dottrina tedesca ai profili classici della tematica dell'azione; più precisamente, confrontan-

⁽¹⁰⁸⁾ Leibach, cit., pag. 430, 431.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. in questa senso, tra gli altri: SCHWARZ, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 186 ss.; LANGE, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 100; v. anche: BAUMHAGEN-LAUTENSACH, *Zivilprozessordnung*, 24ª ed., München und Berlin, 1954, pag. 11.

dola con la contrapposizione tra azione in senso astratto e azione in senso concreto.

Non c'è dubbio che il punto di partenza delle tendenze in esame è costituito dall'accoglimento della nozione di azione concepita in senso astratto; sotto questo profilo, le espressioni: affermazione di un diritto, richiesta di un accertamento con forza di giudicato, devono essere considerate come definizioni dell'atto di esercizio di tale azione. Quali caratteri siano a questa attribuibili, sulla base delle definizioni riportate, non è necessario qui soffermarsi ad analizzare.

Già dalle considerazioni che precedono emerge chiaramente, infatti, quale sia l'aspetto della impostazione in esame che appare più debole. L'accoglimento della concezione astratta dell'azione sarebbe, di per sé, esatissimo, ove esso valesse solo come individuazione dell'esistenza di un potere astratto di agire, completamente distinto ed autonomo rispetto al diritto sostanziale, e con quegli inderogabili limiti di contenuto e di funzione che si sono prima visti: in particolare, quello relativo alla sua idoneità a determinare l'esplicazione della funzione giurisdizionale in modo favorevole all'attore, e, perciò, alla impossibilità di una sua ricomprensione nel contenuto dell'oggetto del giudizio di merito.

Le tendenze della recente dottrina tedesca, favorevoli, al contrario, a questa ricomprensione, cancellano i limiti anzidetti, e per questa ragione esse sembrano inaccettabili. Questa è la critica di fondo che all'orientamento in esame pare possa essere rivolta; ma più e meglio che da qualsiasi approfondimento critico al riguardo, l'eccessività dell'astrattezza di questo orientamento risulterà dalle conseguenze che è possibile trarre dalle considerazioni precedentemente svolte a proposito della problematica dell'azione.

Non c'è dubbio che il potere astratto di agire sia in qualche modo oggetto di un accertamento giudiziale: dai caratteri stessi di tale potere, infatti, discende che esso deve essere sottoposto ad

esame, al fine di accertare il presupposto (o i presupposti), perchè la funzione giurisdizionale debba e possa essere esplicata per quel che riguarda il merito della domanda dell'attore.

Anzi, sotto questo profilo, l'accertamento dell'esistenza del potere astratto di agire come tale finisce con l'essere quello di minore rilevanza, giacchè esso, come è noto, nel nostro ordinamento è attribuito indiscriminatamente ad ogni persona fisica, in modo indipendente, anzi, anche dalla stessa capacità di agire⁽¹¹⁷⁾; la questione, perciò, potrà eventualmente porsi solo in alcune ipotesi, per quel che riguarda le persone giuridiche, e le associazioni non riconosciute.

Gli accertamenti relativi alla sussistenza del presupposto, o dei presupposti, per l'esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito della domanda, che appaiono di maggiore importanza e delicatezza, attengono invece all'esercizio del potere astratto di agire; infatti, ove tale esercizio venga compiuto da soggetto diverso dal suo titolare (specie nei casi di incapacità di agire di quest'ultimo), il giudice deve accertare, sotto questo profilo, la legittimazione di chi agisce giudizialmente; e, in ogni caso, la legittimazione dell'attore dovrà essere esaminata anche sotto diverso profilo, e cioè, sotto quello che riguarda il rapporto in cui egli si trova, con la situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio. Infine, si dovrà esaminare anche la sussistenza dell'interesse ad agire. Si tratta, come si è già accennato, di materie di estrema delicatezza, e intorno alle quali in dottrina si controverte vivamente; tali circostanze rendono evidentemente inopportuno ogni approfondimento in questa sede.

Non solo, ma gli elementi prima accennati non esauriscono tutti i possibili oggetti degli accertamenti relativi ai presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale: devono qui essere ricordati anche i requisiti formali dell'esercizio del potere

⁽¹¹⁷⁾ Questa indipendenza discende dai caratteri stessi del concetto di potere qui accolta.

astratto di agire, la giurisdizione e la competenza del giudice adito, etc.

In breve, gli accertamenti in parola sono quelli, mediante i quali vengono decise le questioni c.d. processuali.

Giova, allora, sciogliere qui quella riserva, a suo tempo fatta, relativamente alla distinzione tra le questioni c.d. processuali e le questioni pregiudiziali⁽¹¹⁸⁾: solo quest'ultime, infatti, attengono al merito della causa.

L'orientamento dottrinale, tendente ad una netta separazione delle une dalle altre, trova il suo fondamento proprio nella circostanza che la soluzione delle prime riguarda solo l'esistenza dei presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito della domanda dell'attore, e, perciò, condiziona la possibilità di questo esame di merito; la soluzione delle seconde, invece, concerne, come più esattamente si vedrà, quegli elementi, in base ai quali la domanda dell'attore deve essere accolta o respinta nel merito; e, cioè, condiziona il contenuto del provvedimento decisorio relativo⁽¹¹⁹⁾. Può peraltro stupire come mai questa distinzione, che nella sua essenza è intuitiva, possa dar luogo a notevoli incertezze, ove si voglia precisarla in sede dogmatica con una maggiore ricchezza di dettagli: questo fenomeno può essere facilmente spiegato, ove si consideri che su tale distinzione si viene in definitiva a riflettere la contrapposizione tra potere astratto di agire, e quell'elemento in varia maniera connesso, o addirittura identificato, col diritto sostanziale, sulla cui base quest'ultima può essere giurisdizionalmente tutelata.

La profonda separazione che è perciò da farsi tra questioni processuali e questioni pregiudiziali propriamente dette, rende pertanto inapplicabile alle prime la disciplina positiva delle seconde; e se talvolta questa disciplina è analoga in ambedue le ipotesi, essa nondimeno è diversamente fondata.

⁽¹¹⁸⁾ Vedi retro, pag. 41.

⁽¹¹⁹⁾ In questo senso v. FASCINO, *Le pregiudiziali*, cit., pag. 47 ss.

L'aspetto di questo fenomeno che merita qui di essere ricordato per la sua importanza attiene alla competenza del giudice adito. Si è già detto che il giudice competente a conoscere dalla questione c.d. principale è, di regola, competente a conoscere anche delle questioni pregiudiziali⁽¹¹⁸⁾; analogo principio è comunemente affermato in dottrina per quel che riguarda le questioni processuali⁽¹¹⁹⁾; ma nel secondo caso, evidentemente, non può valere la ragione che rileva nel primo: e, cioè, che solo l'oggetto del giudizio (di merito), determina la competenza, e che perciò le questioni pregiudiziali, che ne sono al di fuori, non assumono al riguardo nessun rilievo: infatti, le questioni processuali non solo sono al di fuori dell'oggetto del giudizio di merito, ma addirittura sono estranee allo stesso giudizio di merito, considerato nel suo complesso.

Il fondamento dell'attribuzione al giudice della questione principale, anche della competenza a conoscere delle questioni processuali, deve perciò essere ricercato altrove, senza che, peraltro, la delimitazione del campo di ricerca, almeno a grandi linee, presenti particolari difficoltà.

Infatti, si è già notato come le questioni processuali vertano sui presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito; ora, l'organo, cui è attribuito l'esercizio di una data funzione è, di regola, competente a conoscere anche dei presupposti cui tale esercizio è vincolato; naturalmente, si tratta di un criterio di massima, rispetto al quale non mancano alcune eccezioni⁽¹²⁰⁾.

(118) Vedi, supra, pag. 47.

(119) Vedi fra tutti: CASARETO, *Principi*, cit., pag. 481; ROSEN, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Milano 1953, vol. 1, pag. 61, 62.

(120) L'ipotesi più importante riguarda, soprattutto, una particolare questione processuale: quella, cioè, attinente alla giurisdizione e alla competenza del giudice adito. Normalmente, si afferma come criterio di massima che la c.d. *Kompetenz-Kompetenz* spetta sempre all'organo giurisdizionale (v. per tutti, in questo senso, per la dottrina italiana: CASARETO, *Principi*, cit., pag. 330; per la dottrina tedesca: ROSENZWEIG, *Lehrbuch*, cit., pag. 45 ss.), ma è proprio in questo caso che si regi-

Potrebbe, forse, porsi il problema relativo alla possibilità di configurare il complesso degli accertamenti concernenti il potere astratto di agire e il suo esercizio come un oggetto del giudizio, con caratteri tutti particolari, e in ogni caso distinto nel modo più completo dall'oggetto del giudizio di merito. Infatti, l'oggetto del giudizio di merito non è costituito altro che da quell'entità che si atteggia a presupposto che determina il contenuto del provvedimento, con cui la funzione giurisdizionale (nel merito della domanda dell'attore) viene esplicata; si potrebbe allora pensare che anche i presupposti, cui è legata la esplicazione stessa della funzione giurisdizionale possano essere valutati come un oggetto del giudizio *sub generis*, e comunque meramente processuale, perchè attinente all'esistenza e all'esercizio del potere meramente processuale di agire.

Le conseguenze di maggiore portata di una eventuale soluzione di questo problema si dovrebbero manifestare in sede di valutazione critica del principio, secondo il quale le sentenze c.d. processuali sono strutturalmente inidonee ad acquistare forza di giudicato in senso tecnico: principio che è comuni-

stano le occasioni di maggior rilievo al principio; talvolta, infatti, per la soluzione di questa questione processuale l'ordinamento appresta dei mezzi speciali, nel senso che una volta che tale questione sia stata sollevata, essa debba essere decisa da organo diverso, da quello davanti al quale pende la causa, e con procedimenti particolari; può darsi che l'organo cui sia demandata la soluzione del conflitto abbia, inoltre, propria competenza giurisdizionale: è questo il caso della Corte di Cassazione di Roma, la quale era competente a conoscere delle questioni di competenza tra di essa e le altre Casazioni del Regno, anche se sorte davanti a questo ultimo (cfr. CASARETO, *Principi*, cit., pag. 336, 337); ma, talvolta, la soluzione dei conflitti di competenza è demandata ad un organo costituito per l'esplicazione di questa particolare funzione: si ricorda allora le ipotesi di cui il Tribunale del conflitto offre l'esempio più esemplare.

Le ragioni che spingono ad una regolamentazione dei modi di soluzione della questione di competenza talvolta differisce da quella dei modi di soluzione delle altre questioni processuali: è evidente: la delimitazione delle competenze degli organi giurisdizionali, ordinarie e speciali, è cosa che tocca troppo da vicino l'organizzazione dei poteri dello Stato; le simili ipotesi l'esigenza di un adeguato soddisfacimento dell'interesse pubblico relativo al rispetto di tale organizzazione può portare all'appuntamento degli istituti speciali ai quali si è accennato.

mente affermato dalla dottrina⁽¹¹⁶⁾, e che non è infirmato dalle scarse eccezioni ad esso ammesse⁽¹¹⁷⁾.

Malgrado questa compattezza dell'orientamento dottrinale, può darsi che, partendo da diversa impostazione, sia possibile invece arrivare alla attribuzione della forza di giudicato alle sentenze le quali risolvano questioni meramente processuali; e, in realtà, il meccanismo attraverso cui opera quella speciale efficacia che è detta di cosa giudicata non sembra costituire, di per sé, un ostacolo a tale attribuzione⁽¹¹⁸⁾.

(116) Vedi per tutti: MICHELI, *Delle teorie giurisdizionali dei diritti*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio-Finali*, Libro della tutela dei diritti, pag. 194, 195; SIZZI, *Delle teorie giurisdizionali*, cit., pag. 126, 131.

Tale principio è accolto pacificamente in giurisprudenza, la quale se ha fatto, di recente, un'applicazione piuttosto singolare, sulla base del rilievo per cui l'effetto di una clausola compromissoria è la sottrazione alla giurisdizione del giudice ordinario di determinata controversia, è stata ritenuta che l'accertamento sulla validità e sulla portata di tale clausola si risolve sempre in una indagine sulla competenza di detto giudice, sulla controversia indente; per tale ragione, come è insanabile un'azione tendente unicamente all'accertamento della competenza del giudice ordinario su una data controversia, senza una domanda relativa al merito della controversia stessa, così sarebbe insanabile un'azione di mera accertamento della validità e della portata della clausola in esame; e, correlativamente, si è negata che una eventuale pronuncia sul punto che interviene in un giudizio sul merito della controversia, possa costituire autonomo capo di sentenza, e passare, in tal modo, in giudicato, trattandosi, in ogni caso, della soluzione di una questione meramente processuale (Cass., 27 luglio 1957, n. 3347, in *Giur. it.*, 1958, I, I, 497); notevole, in questa sentenza, la correlazione tra oggetto del giudizio, e limiti oggettivi del giudicato; è da notare, però, che tale correlazione è intesa in modo diverso da quello cui si allude nel testo, quando essa è richiamata, ai fini di una eventuale attribuzione di efficacia di cosa giudicata alla soluzione delle questioni meramente processuali; in tale sede, l'autonomia dell'oggetto del giudizio deve essere intesa con caratteri del tutto particolari, e, comunque, in modo non incompatibile col principio, di per sé ovvio, per cui una questione meramente processuale può insorgere, solo in relazione ad una controversia di merito, e mai indipendentemente da questa; ma, del resto, questa indispensabile connessione non sembra che possa escludere, di per sé, che la decisione della questione stessa non possa acquistare forza di giudicato.

(117) Cfr., per eccezioni che riguarderebbero alcune sentenze meramente processuali: SIZZI, *Delle teorie giurisdizionali*, cit., cit., pag. 129.

(118) Infatti, se, in proposito, si accoglie la teoria c.d. processuale, il divieto di riesame della questione che scaturirebbe dal giudicato può riguardare, almeno in linea di principio, sia una questione di carattere processuale, come una que-

Normalmente, il problema è visto sotto il profilo della individuazione del contenuto della cosa giudicata, e, al riguardo, non si può disconoscere il grande influsso della dottrina chiovettiana.

Il CHIOVETTA, infatti, definisce la cosa giudicata come «...l'indiscutibilità della esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza»⁽¹¹⁹⁾, ma, successivamente, precisa che tale volontà concerne l'attribuzione alla parte di «...un bene della vita nel caso concreto»⁽¹²⁰⁾; e questo ulteriore chiarimento, di solito, è inteso come un richiamo alle sole sentenze di merito.

La esattezza della precisazione, come pure quella del collegamento concesso, meriterebbe, però, di essere sottoposta ad un più attento vaglio critico.

Per quel che riguarda, infatti, il richiamo indicato, pare esatto il rilievo, già autorevolmente avanzato⁽¹²¹⁾, secondo il quale il «bene» garantito dal giudicato possa essere anche di carattere meramente processuale.

Ma osservazioni critiche di maggior portata possono appuntarsi contro la stessa tendenza ad agganciare l'oggetto della cosa giudicata a concetti che, di per sé, sono extra-giuridici.

In realtà, pare che l'unico requisito che il contenuto del giudicato deve avere, sia quello di aver costituito oggetto speci-

zione di carattere sostanziale. Se, al contrario, si sceglie la teoria c.d. sostanziale, il rapporto regolato in modo definitivo dalla sentenza che passa in giudicato potrebbe essere anche qui, almeno in linea di principio, sia di carattere processuale, come di carattere sostanziale. Né il discorso dovrebbe cambiare di molto, in corrispondenza di recenti tentativi di superamento della contrapposizione tra le due teorie indicate (v.: FARRILLI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 144 ss.).

(119) *Principi*, cit., pag. 306.

(120) *Op. cit.*, cit., pag. 309; cfr. anche: SIZZI, *Delle teorie giurisdizionali*, cit., pag. 129, 130.

(121) Dal BERTI (Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interdicte il proclama al giudice l'eccezione di incompetenza territoriale, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1957, II, II ss.) cfr. anche: AZEVEDO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, pubblicata in *Problemi di diritto*, cit., II, 224 e nota 20.

fico di un accertamento giudiziale: riaffiora di nuovo la correlazione tra accertamento giurisdizionale e giudicato, la quale anche qui è colta soprattutto sotto il profilo per cui ciò che passa in giudicato e deve essere stato compreso in un oggetto di accertamento. Ne deriva che l'attribuzione della forza di giudicato alle soluzioni delle questioni meramente processuali non è altro che un aspetto consequenziale della configurazione di esse come di un autonomo oggetto del giudizio.

Comunque, anche se fossero configurabili le premesse teoriche di una impostazione in tal senso, rimarrebbe sempre da chiarire quale sia il contenuto di un oggetto del giudizio del genere; se si volesse spingere al massimo il parallelismo tra accertamenti processuali, e accertamento del presupposto che riguarda il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale (accertamento che costituisce l'oggetto del giudizio di merito), bisognerebbe raggruppare l'intero complesso degli oggetti di tali accertamenti, in una unica formula, che li comprendesse tutti, e che mettesse in risalto il loro carattere di presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale; per esempio, una formula sul tipo: valido esercizio del potere astratto di agire, la quale si riferisce a tutti quei requisiti, formali e sostanziali, la cui sussistenza condiziona il passaggio all'esame del merito della domanda: ciò, però, urterebbe contro la comune terminologia, secondo la quale tali singoli requisiti sono pensati con caratteri di autonomia; ed è questa la ragione, per cui si parla di solito di « presupposti processuali », anziché di « presupposto processuale ». Se ci si vuole mantenere fedeli all'orientamento tradizionale, sarebbe preclusa la possibilità di configurazione di un oggetto del giudizio meramente processuale con carattere unitario, ma al contrario, si potrebbe, tutt'al più, delineare una pluralità di tali oggetti del giudizio, in relazione alla molteplicità dei presupposti processuali che vengono normalmente individuati.

Evidentemente, non è possibile, in questa sede, esaminare il contenuto dell'oggetto del giudizio meramente processuale, e

questa sua eventuale frammentazione, con le conseguenze che ad essa sono inevitabilmente connesse⁽¹²²⁾; anzi, si deve qui tralasciare ogni ulteriore considerazione che riguarda la configurabilità stessa come uno o più oggetti del giudizio del complesso delle questioni meramente processuali; è necessario solo osservare (e in tale rilievo sta la ragione di questa apparente digressione), come una configurazione del genere apra la porta alla possibilità di un allargamento dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità: infatti, là dove vi è un oggetto del giudizio, si manifesta sempre anche il fenomeno stesso della pregiudizialità, che comprende tutti quegli elementi di fatto e di diritto, che condizionano la soluzione della questione che costituisce tale oggetto del giudizio. Se una eventuale configura-

(122) Infatti, solo sulla base di questa frammentazione sarebbe possibile attribuire, senza ulteriori difficoltà, la forza di giudicato alle sentenze le quali accertino l'esistenza o l'inesistenza di un singolo presupposto processuale: ad esempio, la competenza del giudice adito (è evidente l'uso assai lato, e perciò improprio, del termine: presupposto processuale, la cui scarsa determinatezza è però sufficiente ai fini dei rilievi qui fatti). Infatti, configurando l'accertamento relativo ad ogni singolo presupposto come un autonomo oggetto del giudizio, è naturale che esso passi in giudicato. Ma se si configura come oggetto del giudizio un accertamento, quale quello relativo alla validità dell'esercizio del potere astratto di agire, che ricomprenda in sé, implicitamente, tutti gli accertamenti concernenti i singoli presupposti processuali, questi avrebbero un carattere meramente pregiudiziale rispetto al primo, e, come tali, sarebbero incidenti a passare in giudicato.

Sorgerebbe, così, il problema relativo alla natura della efficacia delle sentenze che decidono su singoli presupposti processuali; tale problema non può essere qui approfondito, ma si può notare come esso presenti singolari analogie con quello relativo alla natura della efficacia di una tipica pronuncia della Cassazione: quella che costituisce l'annullamento del c.d. punto di diritto; in entrambi i casi, infatti, si tratta di sentenze, le quali decidono di questioni, che non costituiscono autonomo oggetto del giudizio, ma che condizionano la soluzione di altre questioni, che assumono questa natura (non è nata, il problema della natura della sentenza della Cassazione che annulla il c.d. punto di diritto ha richiamato di recente l'attenzione della dottrina; tra la ricca letteratura al riguardo si veda: MURARI, L'annullamento del principio di diritto da parte della Corte di Cassazione, ed il giudizio sul punto di diritto, in Riv. dir. proc., 1925, I, 26 ss. e, precedentemente: L'annullamento del principio di diritto, in Ann. dir. comp., XVI (1902), pag. 215; RANCIANI, Il giudizio sul punto di diritto, in Scritti giuridici in onore di Carlucci, Padova 1926, II, 401 ss.).

zione come oggetto del giudizio del complesso degli accertamenti processuali avesse il carattere della unitarietà, sarebbero rispetto ad esso meramente pregiudiziali tutti gli accertamenti relativi ai singoli presupposti processuali, la cui sussistenza è contenuta implicitamente nella sintetica formula nella quale tale oggetto del giudizio dovrebbe essere condensato; in ogni caso, sarebbero pregiudiziali quegli accertamenti relativi agli elementi di fatto e di diritto, dai quali la sussistenza dei singoli presupposti processuali dipende⁽¹¹⁹⁾.

S'intende che una catena di accertamenti pregiudiziali, che fosse eventualmente da rinvenire per quel che riguarda gli accertamenti meramente processuali, si presenterebbe in un certo senso parallela a quella che si rinviene nel giudizio di merito, ma in nessun caso può interferire con essa: rimane sempre la ineliminabile separazione dovuta alla circostanza che l'una è subordinata all'accertamento dei presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale, l'altra, invece, all'accertamento di quell'elemento che determina il modo di questa esplicazione⁽¹²⁰⁾.

14. Qualunque sia la strutturazione che si voglia dare al complesso degli accertamenti relativi al potere astratto di agire, e al suo esercizio, risulta in ogni modo chiaro come essi non possano essere in nessun caso ricompresi nell'oggetto del giudizio di merito.

(119) Per un esempio del genere, cfr. Romano (Alberto), *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1957, II, 1, 344 ss.; si avverte che in tale nota il ragionamento sulla distinzione tra questioni processuali e oggetto del giudizio di merito è stato condotto sulla base dell'orientamento dominante in dottrina, secondo il quale il vincolo dell'organo giurisdizionale nel modo di esplicazione della sua funzione sarebbe l'effetto dell'esercizio di un potere concreto da parte del titolare della situazione giuridica sostanziale fatta valere nel processo; perciò, alcune delle conclusioni ivi accennate dovrebbero essere corrette in base alla diversa impostazione qui svolta.

(120) Cfr. Romano (Alberto), *In tema di rapporti*, etc., cit., *Foro amm.*, 1957, II, 1, 345, 346.

L'oggetto del giudizio di merito, infatti, deve necessariamente vertere su quegli elementi, i quali condizionano il contenuto del provvedimento decisivo di merito. Volendo esprimere lo stesso concetto, seguendo la tradizionale impostazione del problema della struttura della sentenza, si deve notare come l'oggetto del giudizio di merito, non sia altro che l'oggetto di quell'accertamento che costituisce il momento intellettuale dell'atto giurisdizionale, e che determina il contenuto della volizione che ad esso si sovrappone.

È chiaro, perciò, che gli accertamenti relativi ai presupposti processuali, poiché nella determinazione del contenuto del provvedimento decisivo di merito non acquistano nessuna rilevanza, non possono in nessun caso rientrare nell'oggetto del giudizio di merito. Dalle considerazioni precedentemente svolte a proposito della nozione di azione, risulta inoltre senza difficoltà come gli elementi i quali, determinando il contenuto di tale provvedimento, formano l'oggetto del giudizio di merito non siano costituiti altro che dalla stessa situazione giuridica sostanziale: ogni diversa soluzione al riguardo urterebbe contro la funzione che a quest'ultima è attribuita nello svolgimento del fenomeno processuale, e cioè la funzione di presupposto del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale.

La conclusione, secondo la quale il contenuto dell'oggetto del giudizio di merito è dato dalla situazione giuridica sostanziale, si trova perfettamente in armonia con quelle che sono le più recenti affermazioni della dottrina italiana al riguardo, le quali sono sostenute con un vigore che suona reazione alle tendenze astrattiste proprie della dottrina tedesca⁽¹²¹⁾.

(121) Come è noto, Azarov ha posto a base della sua teoria, recentemente sostenuta, la identificazione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale con la situazione giuridica sostanziale; anzi, della possibilità di un autonomo accertamento egli ha fatto l'elemento caratteristico di quella situazione giuridica soggettiva che è il diritto soggettivo (*L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 81 ss.); partendo da diversa impostazione, l'affermazione della identità tra oggetto del giudizio e situazione giuridica sostanziale è stata vigorosamente sostenuta di recente anche da Fazzolari, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 138 ss.

Giova osservare, però, come tale conclusione non sarebbe raggiungibile se si partisse da una impostazione del problema dei rapporti tra diritto e processo la quale fosse diversa da quella che si è precedentemente delineata: e proprio la necessità di armonizzare il recente orientamento ricordato con i tradizionali profili della problematica dell'azione ha imposto lo svolgimento di considerazioni su quest'ultimo concetto. Infatti, si deve notare come tale orientamento non sarebbe in alcun modo giustificabile, se si partisse, in particolare, dalla concezione di un potere di azione, il quale avesse un contenuto concreto: in tal caso, quest'ultimo, o il suo esercizio, sarebbero i fattori di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo di merito, e perciò essi stessi dovrebbero costituire l'oggetto del giudizio di merito.

La situazione giuridica sostanziale si porrebbe nei confronti del potere concreto di azione come un elemento condizionante l'esistenza del potere stesso, secondo la dottrina tradizionale, oppure l'efficacia del suo esercizio, se si vuole partire da quella nozione di potere giuridico qui accolta. Segue, da ciò, che l'accertamento della situazione giuridica sostanziale costituirebbe un mero antecedente logico, rispetto all'accertamento dell'esistenza del potere concreto di azione, o della efficacia del suo esercizio; per tale ragione, tale accertamento non potrebbe mai essere ricompreso nell'oggetto del giudizio, che sarebbe costituito dall'accertamento inerente all'azione concreta, o al suo esercizio, ma si porrebbe nei suoi confronti come una mera pregiudiziale. La disarmonia di questa conclusione, cui bisognerebbe giocare forza arrivare, e, ad ogni modo, il suo contrasto con le recenti affermazioni in materia di oggetto del giudizio che sono state sopra ricordate, dovrebbe essere un chiaro indice che le premesse di partenza non sono soddisfacenti.

Giunti a questo punto, sembra però opportuno svolgere qualche considerazione sul valore che è da attribuire all'espressione: situazione giuridica sostanziale, analizzando meglio le

entità che possono essere in essa ricomprese; e i rilievi che si possono avanzare al riguardo devono essere posti in stretta connessione con la varietà di tipi del processo di cognizione che il nostro ordinamento prevede e regola.

Si è già accennato alla pluralità di situazioni giuridiche soggettive le quali possono essere ricomprese nell'espressione: diritto sostanziale, così come quest'ultimo è tradizionalmente contrapposto al fenomeno processuale. Non c'è dubbio, però, che quando si fa riferimento alla situazione giuridica sostanziale, genericamente intesa, oppure al c.d. diritto sostanziale, si ha presente sopra tutto il diritto soggettivo; questo fenomeno può dipendere, anzitutto, dalla circostanza che il diritto soggettivo, a torto o a ragione, è comunemente considerato come la tipica situazione giuridica soggettiva; ma sicuramente gioca in tal senso anche un altro fattore, di portata preponderante: e cioè che il diritto soggettivo è collegato a quel tipo di processo il quale caratterizza, per così dire, la funzione giurisdizionale, richiamando quella nozione di coazione, che ad essa istintivamente si accompagna: il processo di condanna; e, del resto, è ben noto che l'elaborazione della teoria del processo civile ha risentito in larghissima misura degli schemi propri di questo tipo di processo, in una misura senza dubbio maggiore di quella dell'influenza che su tale elaborazione hanno esercitato i caratteri propri del meno frequente processo di accertamento, e di quel processo costitutivo, che solo di recente è stato esplicitamente previsto e regolato nell'ordinamento positivo, e la cui adozione come figura autonoma è stata in dottrina molto a lungo e molto accanitamente osteggiata⁽¹²⁸⁾.

(128) Vedi, per esempio, la posizione critica nei confronti dell'autonomia di questo tipo di processo, che è stata espressa da Bacco (Alto.), il quale riduce le sentenze costitutive ad una particolare categoria di sentenze di accertamento (Le sentenze civili, cit., pag. 142 ss.); cfr. anche, come indice di contrasti che ancora si agitano a proposito del carattere delle sentenze costitutive, Colaninno, Le sentenze costitutive e amministrative, cit., pag. 265, 267.

Il collegamento tra diritto soggettivo e processo di condanna è di solito intuito, ma ogni sua precisazione, specie in termini scientificamente soddisfacenti, urta contro le note dispute che si dibattono sui caratteri di questo tipo di processo, sul contenuto del suo oggetto e sulla efficacia della sentenza che lo conclude. Un fattore di complicazione di notevole portata, al riguardo, è costituito dalla implicazione, assai spesso sostenuta, tra l'oggetto di questo processo e la c.d. sanzione: tema, questo, di una estrema delicatezza, anche per i suoi stretti legami con i problemi fondamentali della teoria generale del diritto.

Prescindendo da ogni approfondimento della controversia materia, il quale ci porterebbe troppo lontano dalla linea di svolgimento del presente lavoro, si può notare come il rilievo di partenza che può essere qui utilmente accolto, sia costituito dall'individuazione dell'elemento caratteristico della sentenza di condanna, così come questa è stata compiuta in un notissimo scritto di CALAMANDREI; e, cioè, che tale elemento è dato dal suo effetto, consistente nella «... trasformazione dell'obbligo, per il cui adempimento il diritto consisteva sulla volontà attiva dell'obbligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più...»⁽¹²⁷⁾; il processo di condanna, perciò, si inserisce nel procedimento di esecuzione di una norma, dalla quale sia scaturita una situazione di vincolo di un soggetto; e, sotto questo profilo, non importa se tale norma sia statale, oppure appartenga all'ordinamento privato⁽¹²⁸⁾; più precisamente, l'esercizio del processo di condanna avviene in tale procedimento in un momento ben preciso, e cioè quando è necessario sostituire l'adempimento coatto a quello volontario, che non è compiuto dall'obbligato. Poiché, evidentemente, tale adempimento coatto non può essere effettuato

⁽¹²⁷⁾ CALAMANDREI, *La condanna*, ripubblicato in *Studi sul processo civile*, vol. III, Padova 1924, pag. 139.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. per questi concetti: BASTIANI (Savv.), *Autonomia privata*, cit., e *L'atto esecutivo*, cit.

se non con il concorso di organi statuali, il processo di condanna costituisce uno degli aspetti salienti del problema delle interferenze tra ordinamenti privati e ordinamento statale, problema al quale, peraltro, deve essere ricollegato il fenomeno processuale nelle sue varie forme.

Ad ogni modo, nel processo di condanna quel che assume la massima rilevanza è la situazione di vincolo dell'obbligato; tale situazione di vincolo, se si eccettuano i casi in cui essa si svolge al di fuori di un rapporto giuridico⁽¹²⁹⁾, deve necessariamente trovarsi in correlazione con una situazione di diritto soggettivo⁽¹³⁰⁾, tanto che diritto e obbligo, sotto questo profilo, costituiscono nient'altro che due facce di una stessa medaglia; per tale motivo, quando ci si trovi in presenza di obblighi stricto sensu, non si può procedere al solo accertamento di questa situazione soggettiva, senza nello stesso tempo procedere anche all'accertamento del diritto soggettivo cui essa è correlata. Ecco perchè, nei processi di condanna, in ipotesi del genere, la situazione giuridica soggettiva che è portata all'esame del giudice, considerata dal punto di vista dell'attore, assume i caratteri del diritto soggettivo; e poichè la sua esistenza costituisce il fattore che determina il contenuto del provvedimento decisorio di merito, in modo favorevole alla domanda dell'attore stesso, si può concludere che nel processo di condanna l'oggetto del giudizio di merito è dato dal diritto soggettivo medesimo⁽¹³¹⁾.

Questa correlazione tra oggetto del giudizio e diritto soggettivo che, almeno di regola, vale nel processo di condanna, viene però meno nei processi degli altri tipi.

Anzitutto, il processo costitutivo: sono note le dispute che si agitano sull'oggetto dell'accertamento giudiziale in tale tipo

⁽¹²⁹⁾ Cfr. la distinzione tra doveri e obblighi in senso stretto, delineata da SANI BASTIANI, *Francesconi*, cit., pag. 194 ss.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. SANI BASTIANI, *Francesconi*, cit., pag. 194.

⁽¹³¹⁾ Cfr. di recente, in senso diverso, MARCIANO, *La condanna nel processo civile*, Napoli 1917, specialmente pag. 12, 13.

di processo; ragioni di sviluppo logico del ragionamento consiglierebbero un immediato esame dell'argomento, ma, d'altra parte, poichè esso acquista la sua maggiore importanza a proposito del processo amministrativo, motivi di opportunità consigliano il rinvio di ogni considerazione al riguardo alla seconda parte del presente lavoro⁽¹²⁵⁾. Ad ogni modo, si può osservare come l'orientamento di gran lunga dominante della dottrina configuri, nel processo costitutivo, l'esistenza di un potere della parte a produrre la modificazione giuridica che consegue alla sentenza, e affermi che l'effetto dell'esercizio di questo potere non si verifica se non in base all'accertamento giudiziale; tale accertamento verterà allora, se si accetta questa tesi, sulla esistenza e sull'esercizio del potere in parola. Secondo un'altra tendenza, invece, che pare anche più conforme all'orientamento della dottrina del processo amministrativo, l'oggetto dell'accertamento giudiziale sarebbe costituito dalla fattispecie, al cui verificarsi la legge condiziona il prodursi della modificazione giuridica, che consegue alla sentenza. Si può quindi osservare che, secondo ambedue le tesi accennate, in nessun caso nel processo costitutivo l'oggetto del giudizio è dato dal diritto soggettivo, ma esso è dato o da una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto, quale il potere⁽¹²⁶⁾, oppure da una situazione giuridica la quale non è neppure riferibile ad un soggetto, ma deve essere valutata sul mero piano obbiettivo.

Ma il tipo di processo, il cui oggetto presenta una maggiore ricchezza di contenuto, è senz'altro il processo di accertamento. È noto, infatti, che non solo diritti soggettivi possono essere con esso accertati con forza di giudicato, ma anche altre

(125) Cfr. *infra*, pag. 265 ss.

(126) Come si è già accennato (v. *supra*, nota 125), ALLONBY afferma che nel processo civile l'oggetto dell'accertamento giudiziale è costituito dai diritti soggettivi e dagli status, ma questa affermazione può essere spiegata solo partendo da quella concezione del diritto soggettivo come « gruppo » di poteri, che non può armonizzarsi con la nozione di potere qui svolta (v. ALLONBY, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 81).

situazioni giuridiche soggettive aventi diverso carattere: i poteri, gli status, etc.; non solo, ma nel processo di accertamento possono essere esaminati dal giudice anche situazioni giuridiche non soggettive, quali la esistenza e la validità (almeno sotto il profilo dell'assenza di nullità), di atti giuridici, negoziali o meno.

Questo moltiplicarsi delle situazioni giuridiche, soggettive e non, le quali possono costituire l'oggetto dell'accertamento processuale nel processo detto, appunto, di accertamento, può essere facilmente spiegato ove si rifletta che l'esecuzione coatta di un obbligo, o, meglio, l'esecuzione coatta di una norma, statale o privata, costituisce solo uno dei modi con cui lo Stato attua sul piano processuale la propria interferenza nei confronti degli ordinamenti privati; col processo di accertamento, infatti, si è completamente fuori da ogni attuazione forzata nel senso suddetto, e ci si muove invece su un piano di accertamento, nel modo incontestabile che è assicurato dalla efficacia di cosa giudicata, di determinate entità giuridiche; e questo accertamento, che serve una esigenza di certezza dell'assetto giuridico di un determinato ordinamento, può vertere su una situazione giuridica la quale è suscettiva di esecuzione coatta (obbligo e, quindi, il correlato diritto), ma può anche concernere situazioni giuridiche diverse. Gli unici limiti della categoria delle situazioni giuridiche che possono essere accertate autonomamente in via giurisdizionale, coincidono, in via di principio, con gli stessi limiti del riconoscimento statale dell'ordinamento privato: in tanto si può accertare una data situazione giuridica dell'ordinamento privato, in quanto questa possa essere riconosciuta dallo Stato, e, anzi, proprio il suo accertamento in via giurisdizionale costituisce la forma più solenne di tale riconoscimento⁽¹²⁷⁾. Si capisce facilmente, allora, come in concreto possano costi-

(127) Le considerazioni di cui nel testo possono essere comprese solo partendo dalla concezione dell'autonomia privata, cui come questa è delineata negli scritti di SACERDOTE ROSTANO prima citati.

taire oggetto del giudizio nel processo di accertamento le principali situazioni giuridiche del soggetto, e anche quegli elementi obbiettivi che concorrono a formare l'ordinamento giuridico privato: *in primis*, i suoi atti, normativi o meno.

S'intende che i rilievi che precedono possono solo indicare i termini di un problema di estrema delicatezza, quale è quella dell'esatta e dettagliata individuazione del possibile contenuto dell'oggetto del giudizio del processo di accertamento, come anche, in genere, degli altri tipi di processo. Ogni approfondimento può essere qui tralasciato, giacchè, per lo svolgimento del presente lavoro, è sufficiente definire tale contenuto, facendo riferimento a quella situazione giuridica sostanziale, soggettiva e non, la quale sia dalla legge assunta come fattore di determinazione del contenuto del provvedimento col quale l'organo giurisdizionale decide sulla domanda dell'attore; ogni ulteriore tentativo di individuazione di quali siano, nel nostro ordinamento positivo, tali situazioni giuridiche, non presenta per il tema della pregiudiziale un'immediata rilevanza.

> Tutto ciò premesso, è opportuno collegare le conclusioni che è possibile trarre dall'attuale stato della dottrina sulla tematica dell'azione, con il problema relativo all'argomento della pregiudiziale, che si deve risolvere: quello relativo al limite finale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, inteso quest'ultimo su un piano meramente logico.

La situazione giuridica sostanziale, nel senso prima chiarito, non solo costituisce il contenuto dell'oggetto del giudizio, ma ne determina anche i limiti: infatti, se la sua esistenza, oppure la sua inesistenza, sono i fattori che condizionano l'accoglimento o il rigetto della domanda dell'attore, sembra chiaro che tale esistenza o tale inesistenza costituiscano la materia del contendere tra le parti: l'oggetto della « lite » propriamente detta.

In particolare, l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza della situazione giuridica anzidetta, sembra costituire quello che, secondo la formula chiovendiana, è l'accertamento

della volontà concreta di legge, in relazione alla singola fattispecie portata all'esame del giudice: accertamento che costituisce l'elemento logico della sentenza; accertamento che, d'altra parte, costituisce la soluzione della questione c. d. principale che il giudice deve risolvere. Dal punto di vista che qui interessa, oggetto del giudizio, soluzione della questione c. d. principale, accertamento della concreta volontà di legge in relazione alla singola fattispecie, accertamento dell'esistenza della situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisivo di merito costituiscono delle espressioni del tutto equivalenti.

Sulla base di tali equivalenze, si può allora precisare come segue l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, intesa in senso meramente logico, secondo l'impostazione del problema che si è accolta all'inizio del seguente lavoro: e cioè il collegamento del nesso di pregiudizialità con l'iter logico percorso dal giudice per risolvere la controversia portata al suo esame.

Si era già rilevato come il fenomeno della pregiudizialità si dovesse arrestare là dove comincia l'oggetto del giudizio, ossia la soluzione della questione c. d. principale⁽¹⁰⁾; si può ora specificare che devono essere ricomprese nell'ambito di manifestazione del fenomeno tutte quelle considerazioni svolte dal giudice, ponendo punti i quali, per la loro connessione con l'oggetto del giudizio sono detti pregiudiziali, risolvendo questioni aventi analogo carattere, punti e questioni che costituiscono anelli indispensabili della catena logica necessaria per poter arrivare alla conclusione finale: l'esistenza o la inesistenza di quella situazione giuridica sostanziale, affermata dall'attore, che dalla legge è considerata come fattore di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo di merito. Valutando il fenomeno della pregiudizialità, almeno per il momento, su un piano meramente

(10) Vedi *supra*, pag. 48 ss.

logico, le considerazioni anzidette possono riguardare sia la ricostruzione della c.d. fattispecie concreta, come anche la individuazione e l'interpretazione della norma di legge che deve essere ad essa applicata.

La conseguenza più vistosa dei rilievi precedentemente svolti è costituita dalla esclusione dall'oggetto del giudizio inteso in senso rigorosamente tecnico, degli accertamenti relativi ai fatti costitutivi della situazione giuridica che forma l'oggetto del giudizio stesso, e della ricomprensione di tali accertamenti nell'ambito della pregiudizialità. È noto come recentemente sia stata sostenuta l'opinione contraria⁽¹²⁹⁾, ma la conseguenza anzidetta pare l'unica possibile, sulla base della contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio, e del ristretto contenuto che si deve attribuire a quest'ultimo; la diversa opinione potrebbe essere sostenibile solo partendo da una nozione più ampia di oggetto del giudizio, che non si vede, peraltro, su quali basi sia possibile delineare.

15. Si è venuta così tratteggiando l'enorme preponderanza che, nell'ambito dell'iter logico compiuto dal giudice, il complesso degli accertamenti a carattere pregiudiziale hanno, nei confronti dell'accertamento che ha per oggetto l'oggetto stesso del giudizio. Una critica alle conclusioni raggiunte e, in particolare, all'affermazione secondo la quale l'accertamento degli stessi fatti costitutivi della situazione giuridica che forma il contenuto dell'oggetto del giudizio ha carattere pregiudiziale, potrebbe essere mossa sulla base della soluzione di un problema di notevole delicatezza: quello dei rapporti tra *causa petendi* e oggetto del giudizio; problema che, per le conseguenze che la sua soluzione può portare nei confronti della tesi qui sostenuta, merita di essere sommariamente accennato.

(129) Satta, *Accertamenti incidentali, ecc.*, cit., in *Fare it.*, 1957, I, 30 e *Nuove riflessioni, ecc.*, cit., in *Fare it.*, 1948, I, 66, 67.

La difficoltà della materia è senza dubbio aumentata dalla incertezza che regna in dottrina sui caratteri stessi della *causa petendi*, in sé considerata. Una prima e assai vaga definizione di essa può essere ricavata sulla base del rilievo che la *causa petendi* costituisce il c.d. « titolo » dell'azione: e, in realtà, l'analisi del valore di questa espressione darebbe lo spunto a tutta una serie di considerazioni, ad alcune delle quali sarà in seguito accennato.

Ma come necessaria premessa di queste considerazioni, e di altri rilievi inerenti al rapporto in cui la *causa petendi* si pone nei confronti dell'oggetto del giudizio, è necessario esporre brevemente i termini nei quali è discusso il problema del contenuto della *causa petendi* stessa, e della natura degli elementi in esso involti.

Come è noto, la dottrina al riguardo è divisa in due grandi tendenze: quella che fa capo ai sostenitori della c.d. *Substantienrungslehre* e quella che fa capo ai sostenitori della c.d. *Individualisierungstheorie*.

Secondo la prima, la *causa petendi* sarebbe costituita da quel complesso di circostanze di fatto, da cui scaturirebbe il diritto fatto valere in giudizio dall'attore; è da osservare, al riguardo, come l'analisi compiuta specialmente dalla dottrina tedesca di tale complesso di circostanze ha portato a foggare alcune definizioni di esso tutt'altro che coincidenti, e intorno alle quali molto si discute: si parla talvolta della *causa petendi* (*Klagegrund*) come di un *Lebensvorgang*, talaltra come di un *Tatsachenzusammenhang*, oppure un *Sachverhalt*, senza che, peraltro, queste distinzioni siano molto rilevanti per la determinazione dei caratteri della *causa petendi* stessa.

La seconda teoria, invece, afferma che quest'ultima consisterebbe nel rapporto giuridico (sostanziale) che sta a base della domanda dell'attore. Si deve rilevare, a questo proposito, come rapporto giuridico sostanziale e « pretesa » dell'attore, si possano porre in relazione ben diversa, secondo che il rapporto

stesso sia semplice o complesso; infatti, se il rapporto sostanziale consiste in un diritto soggettivo, e nel correlato obbligo (caso tipico: le obbligazioni di risarcimento del danno nascenti da atto illecito), diritto fatto valere dall'attore e rapporto, evidentemente si identificano. Diversamente, nel caso in cui il rapporto sostanziale sia complesso, e in esso si possano ravvisare una molteplicità di diritti e di obblighi, o, in genere, di situazioni giuridiche soggettive: è quel che accade normalmente nei rapporti scaturenti da un contratto, in cui le parti (per esempio il venditore e il compratore, oppure il locatore e il conduttore) hanno reciprocamente una serie di distinti diritti, i quali possono costituire oggetto di distinti giudizi.

Ad ogni modo, la definizione del contenuto della causa petendi sembra debba variare in corrispondenza di un duplice punto di vista dal quale essa può essere valutata: la causa petendi infatti può essere delineata su un piano sostanziale, e cioè come il fondamento della domanda dell'attore, oppure può essere tratteggiata su un piano meramente formale, quale è quello da cui spesso è considerato: ossia l'indicazione del fondamento della domanda che, in misura diversa secondo le varie legislazioni, l'attore è tenuto ad indicare nello stesso atto introduttivo del giudizio. Si vedrà in seguito lo scarso valore di quest'ultimo angolo visuale.

Ad ogni modo, anche sotto altro profilo i due punti di vista sono tutt'altro che coincidenti: infatti, può rinvenirsi uno sfasamento tra di essi, nella misura in cui l'indicazione del fondamento della domanda dell'attore, contenuta nell'atto introduttivo del giudizio può essere integrata o nei successivi atti di parte, o, addirittura (ma il caso è assai raro in processi retti dal principio dispositivo), dallo stesso giudice.

La possibilità di questo sfasamento costituisce di per sé, senz'altro, una limitazione di notevole portata al valore delle conseguenze che, per la definizione del contenuto della causa petendi, sono state tratte dalla formulazione degli art. 163 n. 4, 180

1° comma, e 184 cod. proc. civ. (107) e, in Germania, del paragrafo 253 II 2 ZPO (108).

Comunque, nella dottrina tedesca, sia per l'influsso della norma adesso citata, come per altre ragioni di carattere dogmatico, la *Individualisierungstheorie* appare nettamente in declino, malgrado che essa una volta fosse stata sostenuta da processualisti del valore di WACH, HELLWIG, SCHEFFERT. Attualmente, quando non viene decisamente affermata la validità della *Substantiierungstheorie* (109), vengono frequentemente sostenute delle tesi intermedie (110), che peraltro non possono qui essere analizzate in dettaglio.

In Italia, invece, la *Individualisierungstheorie* sembra accogliere ancora il consenso della dottrina dominante (111).

Non è facile cogliere i caratteri del contrasto tra queste due teorie, in modo più preciso di quel che risulta dalle definizioni di esse prima indicate: tali definizioni, infatti, mettono in risalto quelli che sono gli aspetti salienti dell'una e dell'altra, ma, nella loro eccessiva sinteticità, lasciano in ombra molti dettagli, alcuni dei quali assai importanti. La rilevanza di questo può essere facilmente colta, ove si pensi che i seguaci sia dell'una come

(107) Cf. ANTONI, *Commenti*, cit., vol. II, pag. 7, il quale afferma che nel nostro ordinamento positivo, dopo la riforma del codice di procedura civile del 1908, non è più accettabile la teoria della costituzione.

(108) Nel senso che la stessa norma della ZPO escluderebbe un notevole appoggio teorico in favore della *Substantiierungstheorie*, v. HUBER, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 124; BACHMANN-LUTHERMANN, *Zivilprozessordnung*, cit., pagina 424; e, soprattutto, STORZ-JENAS-SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 10ª ed., Tübingen 1931, vol. I, ad § 253, III, b.

(109) Cf. nettamente a favore della *Substantiierungstheorie*: STORZ-JENAS-SCHÖNKE, e BACHMANN-LUTHERMANN, *op. loc. cit.*

(110) Cf. per tesi intermedie tra la *Substantiierungstheorie* e la *Individualisierungstheorie*, con varie differenze e sfumature: BACHMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 426 ss.; NARINCH, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 163, 164; HUBER, *Zivilprozessrecht*, *Dasenbach*, 1934, pag. 518 ss.; LAW, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 108, 109; v. anche BARR, *Diritto processuale civile*, Milano 1931, pag. 220 ss., il quale tratta la questione in termini analoghi a quelli propri della dottrina tedesca.

(111) Vedi le citazioni riportate in FANTAUZZI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 118, nota 23, e adde; SECCHI, *Della causa*, cit., cit., pag. 151.

dell'altra teoria hanno più volte modificato la formulazione relativa, per superare le critiche di parte avversa, o per comprendere ipotesi a cui la primitiva formula mal si adattava; di conseguenza, è ben difficile poter parlare di una *Substantivierungstheorie*, oppure di una *Individualisierungstheorie*, perchè in realtà esistono una serie di tesi, le quali possono essere raggruppate intorno all'una o all'altra schematica definizione, solo a patto di tralasciare sfumature, e addirittura profonde divergenze reciproche; e questo fenomeno di moltiplicazione di varianti ha portato alla formazione di quelle posizioni intermedie tra le due opinioni estreme, di cui si è già fatto cenno, e che appaiono oggi come le dominanti nella dottrina tedesca (115).

Ancora più difficile è fare il punto per quel che riguarda la dottrina italiana, malgrado che essa si dimostri scarsamente sensibile alla polemica che sul contenuto della causa petendi ferve in Germania. Le difficoltà derivano soprattutto perchè accanto a quella dichiarata adesione alla *Individualisierungstheorie* che si è riportata, è possibile rinvenire nella letteratura italiana ad opera di processualisti quali CHIOVENDA (116), CARNELUTTI (117), CALAMANDREI (118), definizioni dell'istituto in esame,

(115) Per le varie formulazioni delle due teorie in esame, v. per tutti: RASCHEIN, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 184 ss., e, per la dottrina italiana: HANFERT, *L'istituto oggettivo della causa giudiziale*, Padova 1917, pag. 137 ss.

(116) Secondo CHIOVENDA, «... il concetto di causa petendi... risulta da tutti questi elementi:

a) L'affermazione della esistenza d'un rapporto giuridico...

b) L'affermazione della esistenza del singolo fatto che nell'ambito di quel rapporto giuridico fa nascere il singolo diritto fatto valere...

c) L'affermazione dell'esistenza del fatto da cui nasce l'interesse ad agire... » (*Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., 4ª ristampa, Napoli 1956, pag. 319).

(117) Secondo CARNELUTTI, come elemento di identificazione della lite la causa petendi andrebbe sostituita dalla nozione di interesse fatto valere (v.: *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Roma 1956, vol. I, pag. 18: « Quanto all'identità causale della lite, si noti che è rilevante non solo la natura dell'interesse fatto valere, quanto altresì la misura in cui vien fatto valere... »); v., però, ibi, pag. 9, l'affermazione secondo la quale la « ragione » della petizione sarebbe costituita dalla sua «... coincidenza (o la petese e un rapporto giuridico attivo) sotto questo profilo, la posizione di CARNELUTTI si avvicina alla *Individualisierungstheorie*;

le quali involgono una complessità di termini, che malamente può essere ricondotta nella semplice alternativa prospettata dal contrasto tra le due teorie anzidette.

A ciò si deve aggiungere una recente svalutazione della reale portata di tale contrasto: si è affermato, cioè, che «... le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che, anzi, si possano giustapporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porci, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne protraggono, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti » (119).

Tutto questo sconsiglia una analisi del contenuto della causa petendi, affrontando la delicata materia sulla base dell'intricato stato attuale della dottrina in proposito; d'altra parte, le dispute dottrinali sembrano avere soprattutto origine dallo stretto legame che unisce la determinazione dei caratteri dell'istituto in esame con la problematica dell'azione: legame, che peraltro è chiara-

mente; una analisi approfondita di tale posizione involgerebbe il problema dei rapporti tra petese e lite, cosa che si potrebbe troppo fuori della linea di svolgimento del presente lavoro. L'impostazione del problema del contenuto della causa petendi secondo CARACITTO non ha avuto, come è noto, molte seguito nella dottrina: talvolta con il stato sottoposto a critica (v. per tutti: HANFERT, *I limiti oggettivi della causa giudiziale*, cit., pag. 133 ss.); talora si è affermata la sua sostanziale coincidenza con l'impostazione tradizionale (cfr. SACCO, *Della natura giurisdizionale*, etc., cit., pag. 316); per un collegamento tra l'elemento causale della domanda, e l'interesse, v. comunque, oltre alla definizione della causa petendi di CALAMANDREI, di cui alla nota seguente, anche: CARACITTO, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milano 1955, pag. 81, nota 182.

(119) Secondo CALAMANDREI, la definizione della causa petendi dovrebbe essere usata in due momenti: « la concreta individuazione dei fatti da cui sorge l'interesse dell'autore al concreto giudizio di un determinato bene (oggetto materiale dell'azione) e l'affermazione della sua coincidenza con quel tipo di interessi ai quali una o più norme giuridiche accordano la concreta protezione: la concreta individuazione dei fatti da cui sorge lo stato di insoddisfazione di questo interesse, e quindi la necessità (interesse processuale) di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere il provvedimento giurisdizionale che mediamente lo soddisfa » (*Istituzioni*, cit., vol. I, pag. 119).

(120) FARRALDI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 118.

mente indicato dalla comune affermazione, secondo la quale la *causa petendi* costituirebbe uno degli elementi di identificazione dell'azione stessa⁽¹⁴⁷⁾. Per tale ragione, non si può parlare in termini assoluti di una definizione della natura e del contenuto della *causa petendi*, giacché ciascuna opinione al riguardo deve necessariamente essere variata, in dipendenza della impostazione che volta a volta si accoglie riguardo alla problematica dell'azione. Se tali rilievi sono esatti, ne consegue che quegli aspetti della nozione di *causa petendi* che interessa precisare nel modo più sommario, per lo svolgimento del presente lavoro, possono essere più facilmente ricavati come conseguenze delle considerazioni precedenti a proposito della nozione di azione, piuttosto che come risultati dell'analisi della complessa letteratura sul punto.

Si può rilevare anzitutto come la comune definizione-base della *causa petendi* come elemento di identificazione dell'azione acquisterebbe una reale portata solo se si partisse dalla concezione dell'azione come un potere avente un contenuto concreto, potere che, d'altra parte, secondo la nota tesi precedentemente criticata, sarebbe condizionato nell'esistenza dall'esistenza del diritto soggettivo per la cui tutela è posto: in tal caso, la *causa petendi*, intesa come complesso di fatti, oppure come rapporto giuridico, contrassegnerebbe il singolo potere rispetto agli infiniti altri poteri posti a tutela di diversi diritti soggettivi. Si è già accennato, peraltro, come tale costruzione dell'azione non sia accettabile, sia perchè non conforme alla nozione di potere che appare preferibile, sia perchè la funzione di tutela in concreto della situazione giuridica sostanziale sembra attribuita ad una posizione del privato non configurabile come un potere giuridico.

Di conseguenza, la definizione della *causa petendi* come elemento di identificazione dell'azione deve essere intesa in modo diverso da quello anzidetto. Se si vuole riferire la *causa petendi*

all'azione, considerata come un potere, essa non può costituire elemento di identificazione dell'azione stessa, ma solo del suo esercizio: la *causa petendi*, sotto questo profilo, infatti, distingue il singolo esercizio del potere astratto di agire, nei confronti degli infiniti altri esercizi dello stesso potere che possono essere compiuti.

In questo ordine di idee deve seguire ogni altra precisazione dei caratteri della *causa petendi* e, particolarmente, ogni ulteriore chiarimento della comune definizione secondo cui essa sarebbe il « fondamento » della domanda.

La domanda giudiziale, di per sé, non costituisce altro che la forma che assume l'esercizio del potere astratto di azione; di quel potere, cioè, di richiedere la tutela giurisdizionale, in uno dei tipi di questa che sono previsti nell'ordinamento; di quel potere, col cui esercizio si crea il presupposto di esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso che questa deve necessariamente svolgersi fino al provvedimento con cui la tutela richiesta si concede o si nega, previo accertamento dell'esistenza o meno di quella situazione giuridica sostanziale che, per legge, condiziona tale concessione o diniego.

Semberebbe, perciò, che l'oggetto della domanda dell'attore, che costituirebbe esercizio del potere predetto, sia il provvedimento giurisdizionale con cui la tutela è concessa (c.d. *petitum* in senso formale); se il *petitum* viene individuato in tal modo, è allora facile stabilire la natura della *causa petendi*: essa consiste, appunto, in quella situazione giuridica sostanziale, la cui esistenza o inesistenza determina la concessione o il diniego del provvedimento richiesto: in questo senso, la *causa petendi* costituisce il fondamento della domanda. In tal modo, risulta anche chiaro in che senso il *petitum* e la *causa petendi* costituiscono elementi di identificazione del singolo esercizio dell'azione: infatti, il provvedimento giurisdizionale che costituirebbe il *petitum* non può essere indicato evidentemente solo facendo riferimento al tipo di tutela richiesto, ma, al contrario, deve venire concretamente

(147) Cfr. per tutti, in questo senso: CRIPARDA, *Principi*, cit., pag. 281; ZANUCCI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano 1916, pag. 71.

individuato: sentenza di condanna al pagamento di quella data somma, di accertamento di quella servitù su quel dato fondo, di annullamento di quel dato contratto; e, corrispondentemente, la *causa petendi* è costituita, appunto, dal diritto di credito per quella data somma; dal diritto di servitù su quel dato fondo; dal potere di annullare quel dato contratto, o dai vizi di quest'ultimo.

Ma, d'altra parte, è noto come comunemente per *petitum* si intenda qualcosa di diverso dal provvedimento giurisdizionale richiesto; qualcosa che in realtà non è sempre definito in dottrina in modo coincidente. Più frequentemente si intende per *petitum* quel concreto bene, il cui godimento l'attore si vuole assicurare mediante l'esplicazione della funzione giurisdizionale. Si può notare anzitutto come un diretto collegamento tra l'attribuzione di questo bene e il processo si possa riscontrare solo nel processo di condanna: di quel processo, cioè mediante il quale si apre la strada all'esecuzione forzata di quella norma, statale o privata, cui l'obbligato non adempie spontaneamente; ma negli altri tipi di processo, il bene non acquista una rilevanza così diretta: infatti, in tali ipotesi si tratta di accertare o di costituire una situazione giuridica, la quale può a sua volta avere una immediata attinenza col bene (caso di accertamento di diritti soggettivi), ma può anche non averla (caso di accertamento di *status*, poteri, etc.; di annullamento di negozi, e simili).

Nella definizione del *petitum* sostanziale nel senso indicato, perciò, sembra manifestare la sua influenza il solito fenomeno della preponderanza degli schemi del processo di condanna rispetto ai caratteri propri agli altri tipi di processo, nella elaborazione dei concetti processuali. Ad ogni modo, anche attribuendo al *petitum* tale significato, pare che la *causa petendi* corrispondente sia, anche in tal caso, costituita dalla situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento giurisdizionale.

Per tali ragioni, e se si dovesse prendere posizione nei con-

fronti del contrasto tra *Individualisierungstheorie* e *Substantivierungstheorie*, si dovrebbe esprimere opinione favorevole alla prima, purchè la sua formulazione fosse resa più lata: la *causa petendi* non consiste necessariamente in un rapporto, ma in una situazione giuridica sostanziale, la quale può svolgersi nell'ambito di un rapporto (diritto soggettivo), ma può anche non essere in questo ricompresa (potere, *status*), e, addirittura, non avere carattere soggettivo (caso dell'accertamento della nullità di un atto).

Malgrado questa affermazione, non si può disconoscere lo stretto nesso che esiste tra *causa petendi* e fatti da cui deriva la situazione giuridica che lo costituisce; e, del resto, è nella terminologia comune parlare di « fatti giuridici » a proposito della *causa petendi* stessa⁽¹⁰⁾, anche da parte di autori, alcuni dei quali, peraltro, si proclamano sostenitori della *Individualisierungstheorie*; il riconoscimento di questo collegamento, però, non deve infirmare l'asserzione che la *causa petendi* consiste in una situazione giuridica, e non nei fatti da cui questa ha origine; e, anzi, ogni precisazione di tale collegamento non può non rendere più chiaro ciò.

Anzitutto, il richiamo ai fatti costitutivi a proposito della *causa petendi* sembra imposto dalla necessità di una migliore identificazione di questa: talvolta, infatti, la situazione giuridica sostanziale non trova in sé, ossia negli elementi che la compongono, dei sufficienti elementi di differenziazione nei confronti delle infinite altre situazioni giuridiche dello stesso tipo e struttura che possono esistere. Certo, se si parla di un diritto di proprietà sulla casa che ha il dato numero civico della data strada, non possono sorgere confusioni con altri diritti di proprietà, magari su altre case, di cui fosse titolare lo stesso sog-

(10) Cfr., tra gli altri: CAVENNA, *Principi*, cit., pag. 103; ZANUCCI, *Nuove domande*, cit., cit., pag. 10; SARTI, *Diritto processuale*, cit., pag. 103; LUSIGNI, *Manuale di diritto processuale civile*, 2ª ed., Milano 1917, vol. I, pag. 72.

getto. Ma non sempre la cosa si presenta così chiara: si faccia il caso che Tizio vanti nei confronti di Caio svariati diritti di credito, magari tutti di uguale ammontare. L'unico modo di individuare ciascuno di questi diritti, sembra essere quello di fare riferimento al rispettivo fatto costitutivo; così, si può distinguere il credito derivante da quel contratto di compravendita, avente quel dato oggetto, dal credito derivante da diverso contratto, magari dello stesso tipo, ma avente differente oggetto. Bisogna tenere ben distinta, però, la nozione di elemento di identificazione, da quella di elemento costitutivo: infatti, si può benissimo identificare una situazione giuridica, come qualsiasi altra entità, in base ad elementi, i quali sono, peraltro, ad essa estrinseci, quali i fatti da cui ha origine; di conseguenza, anche se talvolta è necessario fare riferimento ai fatti da cui la situazione giuridica che costituisce la *causa petendi* deriva, per poter procedere alla individuazione di questa, ciò non vuole affatto dire che essi ne diventino elementi costitutivi⁽¹¹⁷⁾.

Si può rinvenire però un altro collegamento di maggiore portata tra *causa petendi* e fatti costitutivi della situazione giuridica in cui essa si risolve, collegamento che può trasformarsi in fattore di confusione tra elementi che devono essere tenuti accuratamente distinti.

Tale collegamento si riconnette alla circostanza, già rilevata, per cui, talvolta, si vogliono trarre dati per delineare la nozione di *causa petendi* da quella norma, che impone all'attore di indicare nell'atto introduttivo del giudizio i «..... fatti..... costi-

(117) La questione è stata vista dalla dottrina tedesca, a proposito dei rapporti tra *causa petendi* e oggetto del giudizio; la tesi che si deve tenere accuratamente distinto il concetto di elemento costitutivo da quello di elemento di identificazione è vigorosamente sostenuta da SCHWARZ, *Der Streitgegenstand*, cit., pagina 39 ss.; v. anche, nello stesso senso, questa chiara affermazione di BUCHNER: «... gehört der Sachverhalt nicht in den Begriff des Streitgegenstandes. Der Sachverhalt dient der Individualisierung des processualen Anspruchs» (*Lehrbuch*, cit., pag. 404); questa tesi peraltro è stata giudicata contraddittoria da NITSCHE, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit., *Arch.Civ.Pr.*, 1955, pag. 277 ss.

tuenti le ragioni della domanda.....»⁽¹¹⁸⁾; data questa formulazione legislativa, è facile capire come, sulla base della definizione della *causa petendi* come il fondamento della domanda, i fatti che devono essere esposti nella citazione e la *causa petendi* stessa possano essere ritenuti concetti coincidenti.

Si è prima osservato come, in ogni caso, il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio può anche non esaurire il contenuto della *causa petendi*: si deve adesso aggiungere che il contenuto dell'atto di citazione, inteso come indicazione dei « fatti » che l'attore pone a fondamento della sua domanda non ha assolutamente nulla a che vedere con la *causa petendi* stessa intesa in senso rigorosamente tecnico, e ciò, malgrado l'identità della formula legislativa con la comune definizione dell'istituto in esame.

Un primo indizio di questo, è dato dalla circostanza per cui la legge, accanto all'esposizione dei fatti, parla anche dell'esposizione «...degli elementi di diritto...»⁽¹¹⁹⁾, come contenuto necessario dell'atto di citazione: ora, se si dovesse considerare l'espressione legislativa «... le ragioni della domanda...» come equivalente alla comune definizione della *causa petendi*, bisognerebbe considerare quest'ultima consistente non solo nei « fatti » che l'attore pone a base della sua richiesta, ma anche nelle norme giuridiche, di cui egli invoca l'applicazione: ora, come è ben noto, la dottrina è unanime nell'affermare che tali norme giuridiche non entrano a far parte della *causa petendi*⁽¹²⁰⁾.

È ovvio che questo sfasamento tra la formulazione della norma e il contenuto della *causa petendi*, può essere considerato tutt'al più come un semplice indizio, di una distinzione che sarebbe da operare tra gli elementi richiamati dall'articolo in

(118) Art. 263, 3° comma, n. 4 cod. proc. civ.; cfr. anche la formulazione del § 253, II, 2, ZPO.

(119) Art. 263, 3° comma, n. 4 cod. proc. civ.

(120) Vedi per tutti: CROVIGNA, *Principi*, cit., pag. 282.

causa, e la causa petendi stessa; distinzione, peraltro, il cui fondamento dovrebbe essere delineato con una motivazione adeguata.

Si può anzitutto partire dal rilievo secondo il quale, quando, con una disposizione che trova riscontro anche in legislazioni straniere, il legislatore italiano ha dettato il contenuto dell'atto di citazione, egli ha avuto presente uno scopo di una portata ben maggiore di quella di rendere possibile, sulla base dell'atto introduttivo del giudizio, l'immediata identificazione della causa petendi, e, quindi, della domanda fatta valere dall'attore. All'atto introduttivo del giudizio, infatti, è attribuibile, inoltre, la più importante funzione di costituire un primo, e fondamentale (almeno in teoria...) elemento di determinazione dei punti sui quali poi verterà, o potrà vertere la contestazione tra le parti; più precisamente, la necessità che già nell'atto di citazione l'attore esponga le argomentazioni che crede di avanzare a sostegno della sua domanda, non è altro che un riflesso dell'esigenza, da un lato, di assicurare il contraddittorio, permettendo al convenuto di difendersi adeguatamente, e, dall'altro, di fornire al giudice gli elementi per la decisione della causa, il gruppo più importante dei quali è costituito, appunto, dalle argomentazioni dell'attore. Sicuramente, l'esposizione contenuta nell'atto introduttivo del giudizio potrà essere integrata successivamente con altri atti di parte, con quella larghezza che, come è noto, ha concesso la novella del 1950; e, certo, in ogni caso è necessario tener conto delle difese del convenuto: ma ciò non sopprime quella funzione del primo atto del giudizio cui si è accennato. E, del resto, l'esattezza dei rilievi sopra svolti può essere corroborata da un'altra considerazione: e cioè che se l'atto di citazione non avesse questa funzione, non si comprenderebbe come mai, esso, oltre all'esposizione dei fatti, debba anche contenere l'esposizione degli elementi di diritto sui quali la domanda si basa: come è noto, infatti, se, nei processi retti dal principio dispositivo, il giudice è vincolato alle allegazioni delle parti per

quel che riguarda il «fatto», egli può applicare d'ufficio la norma di legge che crede più opportuna, e perciò vorrebbe meno la necessità dell'indicazione di tale norma da parte dell'attore, ove l'atto introduttivo del giudizio dovesse solo servire alla identificazione della causa petendi, e, quindi, della domanda.

D'altra parte si è precedentemente rilevato⁽¹¹⁸⁾, come bisogna tenere ben distinto il complesso dei punti della causa, sui quali si appuntano le varie contestazioni tra le parti, da quello che è l'oggetto della «lite» in senso proprio: riaffiora qui quella distinzione, la quale, considerata dal punto di vista della differente funzione che il giudice esplica al riguardo, si riflette nella contrapposizione tra «cognitio» e «iudicium»; solo l'oggetto di quest'ultimo costituisce l'oggetto del giudizio in senso tecnico, mentre gli oggetti del primo ricadono nell'ambito della pregiudiziale. Ora, se, come si vedrà tra un momento, la causa petendi è da ricollegarsi con l'oggetto del giudizio in senso tecnico, essa non può identificarsi con i fatti, la cui esposizione deve essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, giacché l'accertamento di questi ultimi non fa parte dell'oggetto del giudizio, ma ricade invece nell'ambito della pregiudiziale. Del resto, ad analoga conclusione si arriva sulla base del rilievo, per cui l'accertamento dei fatti costitutivi di un dato effetto giuridico, si pone sempre, in ogni caso, come un mero antecedente logico dell'accertamento dell'effetto stesso: e se quest'ultimo concerne l'oggetto del giudizio, il primo, nei suoi confronti, non può essere che pregiudiziale in senso logico.

Le considerazioni precedenti permettono di chiarire la reale portata della comune espressione, secondo la quale la parte deve allegare i fatti, ai quali poi il giudice applicherà, anche d'ufficio, il diritto: non è da credere infatti che da questa applicazione risulti, come conseguenza diretta e immediata, la determinazione del provvedimento decisorio che il giudice emetterà: al

(118) Cfr. sopra, pag. 53 ss.

contrario, si deve individuare un momento logicamente intermedio alle due fasi suddette, e cioè la determinazione, da parte del giudice, del regolamento della situazione giuridica sostanziale sulla quale l'attore basa la sua pretesa; in altri termini: l'accertamento dell'esistenza o meno di quella situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto, favorevole o contrario alla domanda dell'attore, del provvedimento giurisdizionale; per tale ragione, la determinazione di tale contenuto non consegue immediatamente dai fatti allegati dall'attore, ma da quella situazione giuridica sostanziale, la cui esistenza il giudice può dedurre, applicando il diritto ai fatti suddetti.

Si può allora comprendere il fondamento dell'asserzione, spesso ripetuta⁽¹¹⁴⁾, secondo la quale non è necessario che l'attore dia la qualificazione giuridica del diritto che fa valere in giudizio: tale qualificazione, infatti, scaturisce dall'applicazione del diritto ai fatti allegati dall'attore, la quale può anche avvenire d'ufficio. E poichè l'individuazione della situazione giuridica sostanziale che costituisce la *causa petendi* risulta, appunto, da questa applicazione, ne consegue che la determinazione di essa può anche non essere compiuta dalla parte: è solo necessario che la parte stessa permetta al giudice tale identificazione, mediante l'indicazione dei suoi fatti costitutivi i quali, come si è detto, pur non facendo parte della *causa petendi* stessa, la possono individuare.

Gioverà riassumere brevemente i risultati cui è stato possibile pervenire con le considerazioni precedenti; ossia: la *causa petendi*, intesa come fondamento della domanda dell'attore, deve identificarsi con la stessa situazione giuridica sostanziale, la quale determina il contenuto del provvedimento decisivo; poichè la *causa petendi* consiste in una situazione giuridica, essa deve essere tenuta ben distinta dai fatti da cui trova origine; per

tale ragione, la *causa petendi* non ha nulla a che vedere con i « fatti » che devono essere esposti dall'attore nell'atto di citazione; infine, anche se la *causa petendi* dovesse essere ricompresa nell'oggetto del giudizio, appartenerebbero in ogni caso all'ambito della pregiudiziale gli accertamenti relativi ai suoi fatti costitutivi.

Giunti a questo punto, l'argomento potrebbe anche essere abbandonato, giacchè risulta chiaro che qualunque sia la soluzione che può essere data al problema dei rapporti tra *causa petendi* e oggetto del giudizio, non può essere informata quella distinzione che si è precedentemente delineata tra oggetto del giudizio e ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, e, in particolare, l'attribuzione a quest'ultimo degli accertamenti relativi ai fatti costitutivi della situazione giuridica che determina il contenuto del provvedimento decisivo. Per ragioni di completezza però non sarà inopportuno svolgere alcune considerazioni su tale problema, tanto più che la sua soluzione scaturisce *de plano* da quanto sin qui detto.

Nella dottrina italiana, non è normalmente trattata la questione se la *causa petendi* faccia oppure non faccia parte dell'oggetto del giudizio; ciò dipende dalla non troppa considerazione che presso la nostra letteratura ha sempre trovato la nozione stessa di oggetto del giudizio; perciò, in Italia si è collegata la *causa petendi* con l'azione, e, in base a tale nesso, la si è definita come elemento di identificazione di questa: dei delicati problemi che suscita il collegamento in parola si è già detto.

È naturale, d'altra parte, che la dottrina tedesca, nei suoi tentativi di costruzione di una nozione di oggetto del giudizio, la quale sia valida per tutti i momenti dello svolgimento del fenomeno processuale, affrontasse il tema dei rapporti tra oggetto del giudizio e *causa petendi*. E questo tema è visto soprattutto in funzione della soluzione di quelle questioni le quali sono in Italia ricollegate alla stessa azione: consulenza di domande, mutamento della domanda, limiti obiettivi della cosa giudicata,

(114) Cfr. in questo senso, tra gli altri: FANTAUZZI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 138, 139; cfr. anche la precedente citazione di HANCOCK, alla nota 107.

etc.: non vi è dubbio, infatti, che se la causa petendi facesse parte dell'oggetto del giudizio, una pluralità di esse determinerebbe il cumulo delle domande, il suo mutamento determinerebbe il mutamento della domanda, e, in ogni caso, rientrerebbe nella cosa giudicata (secondo l'impostazione propria della dottrina italiana, si dovrebbe parlare di cumulo di azioni, di mutamento di azione).

Proprio in sede di costruzione di tale nozione unitaria di oggetto del giudizio si è manifestata l'opinione, secondo la quale la causa petendi dovrebbe essere esclusa dal contenuto di questo: è la tesi sostenuta vigorosamente da SCHWAB⁽¹⁴¹⁾, e alla quale ha aderito ROSENBERG, fin dalla sesta edizione del suo *Lehrbuch*⁽¹⁴²⁾. La tesi di SCHWAB si pone senz'altro in contrasto con l'orientamento tradizionale; e, in realtà, la stessa dottrina tedesca non ha seguito questa tendenza innovatrice⁽¹⁴³⁾, quando addirittura non ha vivacemente reagito nei suoi confronti⁽¹⁴⁴⁾. Non solo, ma la tesi di SCHWAB ha portato anche in Italia a qualche interessamento al problema, interessamento che però anche esso si è risolto in una riaffermazione della impostazione tradizionale⁽¹⁴⁵⁾.

(141) *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 139 ss.

(142) *Cfr.*, adesa la 7ª ed., München und Berlin 1956, pag. 494.

(143) *Cfr.*, secondo l'orientamento tradizionale: LAWY, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 102; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 183, 184; BUCHER, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 313, 314; STUM - JONAS - SCHÖNER, *Kommentar*, cit., si limita a notare come « Der Streitgegenstand wird durch einen Sachverhalt individualisiert und begrenzt » (*Vorbemerkungen* ad § 253, ZPO, II, 2); menziona l'opinione intermedia sostenuta dal BÜRSTEN, secondo la quale la causa petendi non sarebbe elemento costitutivo dell'oggetto del giudizio nelle cause di annullamento di matrimonio, ma lo sarebbe nelle altre cause (*Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Festschrift für Rosenberg*, München und Berlin, 1949, pag. 73 ss.); si tratta di una opinione la quale è evidentemente troppo condizionata dal dato positivo dell'ordinamento tedesco per poter avere una portata più generale.

(144) *Cfr.*, in senso vivacemente critico alla tesi di SCHWAB: HANSCHE, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 181 ss. e NIKISCH, *Zur Lehre*, cit., cit., pag. 177, il quale afferma con particolare vigore che il Sachverhalt costituisce parte integrante (*Bestandteil*) dell'oggetto del giudizio.

(145) *Cfr.* FARINOLI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 113 ss.

Sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, non pare dubbio che la causa petendi non solo faccia parte dell'oggetto del giudizio, ma anzi che essa sia addirittura l'oggetto del giudizio; e proprio per questa ragione, la causa petendi costituisce l'indispensabile collegamento tra diritto sostanziale e fenomeno processuale, collegamento che viene attuato mediante la determinazione da parte di essa del contenuto del provvedimento decisivo. Negare la ricomprensione della causa petendi nell'oggetto del giudizio, significa né più né meno affermare il distacco tra diritto e processo⁽¹⁴⁶⁾; e, perciò, non è senza un profondo significato che la opinione di SCHWAB si sia potuta manifestare in un ambiente dottrinale quale è quello tedesco, in cui sono così pronunciate le tendenze astrattiste di cui si è parlato.

16. Le considerazioni che precedono, sulla distinzione tra la causa petendi e i c.d. fatti costitutivi, risulteranno più chiare dall'analisi di un ultimo punto che occorre richiamare: il problema dei limiti obiettivi del giudicato.

Tale problema presenta una strettissima connessione col tema cui è dedicato questo lavoro; connessione, la quale, peraltro, può essere anche valutata da due profili diversi.

Il primo di questi può essere così delineato: l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità termina là dove comincia l'oggetto del giudizio; d'altra parte, i limiti obiettivi della cosa giudicata sono determinati, appunto, dal contenuto dell'oggetto del giudizio; ergo, tali limiti coincidono con quelli stessi della pregiudizialità, nel senso che tutto quello che è pregiudiziale non può essere ricompreso nell'ambito del giudicato e, viceversa, tutto quello che è coperto dal giudicato non può essere pregiudiziale.

(146) *Cfr.* in questo senso le chiare pagine di FARINOLI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 119 ss.

Questo ragionamento pare difficilmente confutabile: quanto alla prima pretesca, e cioè che la pregiudiziale è delimitata dall'oggetto del giudizio, non resta, infatti, che rimandare a quanto precedentemente detto in proposito.

Per quel che riguarda poi la seconda pretesca, e cioè la coincidenza tra il contenuto dell'oggetto del giudizio e quello del giudicato, sembra che sia sufficiente il richiamo ai caratteri della nozione di oggetto del giudizio, e all'attuale stato della dottrina in proposito.

La nozione di oggetto del giudizio, infatti, sembra avere come carattere essenziale quello di mantenere la costanza del proprio contenuto attraverso tutti i momenti salienti dello svolgimento del fenomeno processuale; e, in realtà, in tanto la costruzione della nozione in parola può rivelarsi scientificamente utile, e anzi, addirittura possibile, in quanto non ci si scosti da tale principio. Per tali ragioni, che i limiti obiettivi della cosa giudicata siano determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio sembra possa discendere dalla definizione stessa di questa nozione. Ciò trova puntuale riscontro in dottrina, la quale è decisamente orientata in questo senso⁽¹²⁾.

Da taluno però potrebbe essere ritenuto pericoloso questo modo di procedere, giacché il contenuto della nozione di oggetto del giudizio è ricavabile solo attraverso una analisi della disciplina dei vari momenti di svolgimento del fenomeno processuale, nei quali tale nozione acquista rilevanza: quegli stessi momenti, cioè, la cui disciplina si pretende di interpretare, proprio sulla base della nozione di oggetto del giudizio in tal modo delineata: in altre parole, sarebbe possibile cadere in un circolo vizioso,

(12) Cfr. per tutti le dotte affermazioni di SACCO, *Della nozione giudiziale*, cit., pag. 149, e di MARCOTTA, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 81. Si deve qui ricordare anche l'assai interessante impostazione di ALAIMO, secondo la quale i limiti obiettivi del giudicato determinerebbero anche i suoi limiti soggettivi (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1913, passim, ma specialmente pag. 87 ss.) su tale impostazione, v., peraltro, i rilievi critici di MARCOTTA, *Della nozione giudiziale*, cit., pag. 902.

cosa che accadrebbe se si stabilissero i limiti obiettivi della cosa giudicata, determinandoli sulla falsariga del contenuto dell'oggetto del giudizio, ove poi tale contenuto lo si fosse precedentemente tratteggiato in tutto o in parte proprio sulla falsariga dei limiti obiettivi del giudicato.

Per evitare questo pericolo, sarà opportuno esaminare la connessione tra la pregiudizialità e i limiti obiettivi della cosa giudicata, cogliendola da un profilo apparentemente diverso da quello indicato, e, cioè, facendo a meno del termine intermedio costituito dalla nozione di oggetto del giudizio. Questa soppressione di un passaggio è possibile, giacché, come si è detto, dalla disciplina ricavabile dall'art. 34 cod. proc. civ. si può trarre il principio, secondo il quale la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato: ecco quindi trovato un legame diretto tra il tema della pregiudizialità e il problema dei limiti obiettivi della cosa giudicata.

Questo legame appare basato su un fondamento di indiscutibile solidità, quale è quello del disposto della norma citata, assai chiara su questo punto. S'intende, però, che esso non è altro che un diverso modo di valutare la stessa connessione, prima delineata, che teneva conto della nozione di oggetto del giudizio: in tanto, infatti, la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato, in quanto, appunto, tali questioni non rientrano nel contenuto dell'oggetto del giudizio. Più precisamente, la costruzione della nozione di oggetto del giudizio costituisce l'inquadramento dogmatico che permette di spiegare la disciplina positiva in esame: e la sostanziale identità di risultati cui si arriva sulla base dell'una, e dell'interpretazione letterale dell'altra, non è altro che una ulteriore conferma della esattezza della costruzione stessa.

Arrivati a questo punto, sono evidenti le ragioni che spingono a saggiare anche alla luce della soluzione che è stata data al problema dei limiti obiettivi della cosa giudicata quei lineamenti così ampi che si è creduto di dover attribuire all'am-

bito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Infatti, se si valutano i limiti obiettivi della cosa giudicata in relazione all'oggetto del giudizio, risulta chiaro che ove essi fossero più larghi rispetto al contenuto di questo che si è tratteggiato, tale contenuto sarebbe stato erroneamente tratteggiato, e, erroneamente, sarebbero stati tratteggiati erroneamente i limiti della pregiudizialità. Oppure, seguendo l'altra linea di ragionamento prima indicata, se i limiti obiettivi della cosa giudicata comprendessero in questa anche soluzioni di questioni, che si sono definite come meramente pregiudiziali, questa definizione, per il chiaro disposto dell'art. 34 cod. proc. civ., sarebbe inesatta.

Trattando l'argomento della cosa giudicata, da qualsiasi profilo esso sia valutato, è d'obbligo, per la sua rilevanza, il richiamo del fondamentale problema che si agita in proposito, e cioè quello attinente alla natura stessa del giudicato. Non potendo, per ovvi motivi, prendere posizione al riguardo, non si può però fare a meno di notare come tale problema investa termini di grande portata, perchè appare collegato con la nozione stessa che si accoglie sulla essenza della funzione giurisdizionale, e sulla natura dell'atto mediante il quale essa è tipicamente esplicata.

Come ognuno sa, il problema della natura della cosa giudicata è stato tradizionalmente dibattuto nei termini che scaturiscono dalla contrapposizione tra la teoria c.d. sostanziale (materiale) e la teoria c.d. processuale (formale)⁽¹⁴²⁾. È indubbio,

però, che attualmente in dottrina si manifestano delle tendenze, orientate nettamente verso un superamento di tale contrapposizione; tendenze che appaiono degne della massima considerazione, giacchè, oltre alle conseguenze che da esse discendono, per il problema della natura del giudicato, costituiscono dei chiari sintomi di esigenze di una più soddisfacente sistemazione di quei delicatissimi temi che, come si è detto, sono con tale argomento connessi.

Parlando degli orientamenti revisionistici delle tradizionali impostazioni del problema del giudicato, non si può fare a meno di ricordare, per la sua importanza, la tesi di recente sostenuta da ALLORIO⁽¹⁴³⁾, la quale porterebbe ad un superamento delle teorie prima indicate; tesi la quale è basata sulla soluzione che l'illustre autore dà al problema dei destinatari della norma giuridica⁽¹⁴⁴⁾; questo tentativo di superamento perciò deve essere inquadrato nella concezione che ALLORIO ha manifestato in recenti suoi scritti, peraltro già notissimi, riguardo all'intero fenomeno giuridico e, in particolare, al rapporto tra diritto e processo; l'accento alla vastità delle implicazioni della tesi in parola indica di per sé assai chiaramente l'impossibilità di procedere in questa sede a quella approfondita analisi che essa meriterebbe.

Ma l'impostazione tradizionale del problema del giudicato è stata sottoposta a critica anche da un altro punto di vista, il quale presenta una stretta attinenza col tema della pregiudiziale, sulla base di quelle connessioni tra quest'ultimo e i limiti obiettivi della cosa giudicata che si sono prima delineate.

con la composizione della lit. secondo una celebre impostazione, allora si deve accettare la teoria processuale; questa concezione tra finalità del processo e soluzione del problema della natura del giudicato è stata recentemente criticata da MICHETTI, *Dello stato giurisdizionale*, cit., pag. 366, 367, il quale non anche (del resto) come per la scelta tra le due alternative non abbia eccessiva importanza la relazione ministeriale, secondo la quale il nuovo codice avrebbe scelto la teoria sostanziale.

⁽¹⁴²⁾ L'ordinamento giuridico, cit., cit., pag. 15 ss.

⁽¹⁴³⁾ Su tale punto v. sopra la nota 12.

⁽¹⁴⁴⁾ Per una esposizione delle due teorie, e per ricchi richiami di letteratura, si rinvia per tutti a SACCO, *Dello stato giurisdizionale*, cit., pag. 134 ss.; LUTTMAN, *Efficacia ed autorità delle sentenze*, Milano 1915, pag. 27 ss.; BARNI, *I limiti oggettivi*, cit., pag. 20 ss., che si pronuncia per la teoria processuale. La teoria sostanziale è stata invece sostenuta vivacemente da ANTONI, *La cosa giudicata*, cit., pag. 3 ss., pag. 22, 23, il quale (ivi) rinvia il problema a quello della finalità che si vuole attribuire al processo; più precisamente, ALLORIO afferma che se si considera il processo come volto alla attuazione del diritto obiettivo, si deve accogliere la teoria sostanziale; se, al contrario, si pone in rapporto il processo

La dottrina, infatti, è stata colta un aspetto comune alle peraltro contrapposte teorie sostanziale e processuale; e, cioè, il loro legame ad una particolare nozione della sentenza: ossia, la sentenza come atto di mero accertamento della situazione giuridica sostanziale; più particolarmente, si è rilevato come solo delineando la sentenza in tal modo, si possa costruire la sua particolare immutabilità sulla base delle due teorie indicate⁽¹⁴⁶⁾; e, cioè, facendola derivare da una modificazione della situazione giuridica sostanziale, modificazione la quale sarebbe prodotta dalla sentenza, per rendere la situazione stessa conforme all'accertamento compiuto dal giudice; oppure, disegnando l'immutabilità di tale accertamento come una conseguenza di un divieto che sarebbe imposto ad ogni altro giudice di riprendere in esame la situazione giuridica sostanziale sottoposta una volta per tutte all'esame giurisdizionale.

Si sostiene, peraltro, che le due teorie in parola non sarebbero più accoglibili, nella misura nella quale nella sentenza si ravvisino elementi di carattere diverso dal mero accertamento; più precisamente, ove nella sentenza si rinvenisse un elemento di carattere imperativo, che ne costituisse il principale o, addirittura, l'esclusivo contenuto, l'immutabilità della sentenza andrebbe ricollegata con l'elemento imperativo stesso, e non con quello dell'accertamento, e, perciò, tale immutabilità dovrebbe procedere con schemi diversi da quelli delineati sia dalla teoria sostanziale come da quella processuale⁽¹⁴⁷⁾.

Per tali ragioni, parallelamente, ed anzi, in diretta connessione⁽¹⁴⁸⁾ con quegli orientamenti precedentemente esposti⁽¹⁴⁹⁾, tendenti ad una progressiva svalutazione dell'elemento dell'accertamento della sentenza, si sono battute nuove strade per delineare il delicatissimo fenomeno del giudicato.

(146) FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 146 ss.

(147) FAZZALARI, *op. loc. cit.*

(148) FAZZALARI, *op. loc. cit.*

(149) Vedi, *supra*, pag. 11 ss.

Tra le tendenze manifestatesi al riguardo, quella che senz'altro ha riscosso in dottrina il maggior consenso è stata la notissima tesi di LIERMAN; secondo tale tesi, l'immutabilità non sarebbe un effetto autonomo della sentenza, ma, al contrario, costituirebbe una caratteristica della sua efficacia, la quale, a sua volta, si ricollega ad un comando, tendente sia all'accertamento, come alla costituzione o modificazione di un rapporto giuridico⁽¹⁵⁰⁾. In tal modo, la cosa giudicata verrebbe svincolata dall'accertamento, e ricollegata, invece, a quell'elemento imperativo che sarebbe in ogni caso da rinvenire nella sentenza; a questa teoria di LIERMAN hanno aderito, tra gli altri, MICHELI⁽¹⁵¹⁾ e FAZZALARI⁽¹⁵²⁾, per quanto non siano mancate reazioni ad essa vivacemente critiche, specie da autori che sostengono ancora la prevalenza del carattere di atto di accertamento della sentenza⁽¹⁵³⁾.

Attualmente, si assiste, perciò, ad una evoluzione dottrinale, la quale, come tutte le evoluzioni, è tutt'altro che incontrastata, e le cui conseguenze ultime non si possono ancora prevedere; peraltro, merita di essere riportata questa sintesi delle possibilità che si possono prospettare per quel che riguarda gli sviluppi futuri delle tendenze cui si è accennato: e, cioè, che rafforzandosi la convinzione che nella sentenza sarebbe da ravvisare anzitutto un elemento di carattere imperativo, il quale ne costituirebbe l'esclusivo contenuto⁽¹⁵⁴⁾, o, quanto meno, gi-

(150) *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., specialmente pag. 29 ss.

(151) *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, cit., in *Scritti giuridici per Cavallotti*, II, pag. 146 e, precedentemente: *Efficacia della sentenza soggetta e gravata e cosa giudicata*, in *Giuripraxis* II, 1946, I, 1, 434; *Per una revisione della nozione di giudicato volontario*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 381 ss.; *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 191.

(152) FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 148.

(153) Vedi soprattutto i rilievi critici di ATTANEO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., in *Problemi di diritto*, II, pag. 44 ss., e nota 10; cfr. anche, successivamente: *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, ripubblicate in *Problemi di diritto*, II, pag. 123.

(154) Vedi *supra*, pag. 28, 29, il cenno alla tesi di FAZZALARI in questi sensi.

cherebbe in esso il ruolo predominante⁽¹¹⁶⁾, si schinderebbe la seguente alternativa: o si mantiene fermo il collegamento tra accertamento e oggetto del giudicato, e allora bisognerebbe rompere la tradizionale connessione tra giudicato e contenuto della sentenza; oppure si vuole salvare quest'ultima connessione, e in questo caso si dovrebbe scindere il giudicato dall'accertamento⁽¹¹⁷⁾.

Quanto sia possibile accogliere questa separazione tra accertamento e giudicato, in varia misura prospettata dagli autori prima citati, specie in vigenza di un art. 2909 cod. civ., il quale, chiaramente, è ancorato alle impostazioni tradizionali, non occorre qui esaminare; come, peraltro, non si deve qui neppure abbozzare una approfondita analisi degli interessantissimi e assai delicati temi che incidono sulla materia. Infatti, per quel che interessa lo svolgimento del presente lavoro, il problema del giudicato va esaminato sotto un profilo ben precisato e assai limitato: si tratta di vedere, cioè, se i lineamenti che vengono attribuiti ad esso, possano rivelarsi incompatibili con quelli che si sono tratteggiati per la pregiudiziale, secondo quei collegamenti tra pregiudiziale e limiti obiettivi della cosa giudicata che si sono precedentemente esposti.

Sotto questo profilo, allora, è sufficiente basare il ragionamento su quella impostazione del problema del giudicato, la quale permetta la massima estensione possibile a tali limiti obiettivi, i quali vengano così portati a diretto contatto con l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale; ove anche in questo caso tale ambito di manifestazione non fosse intaccato, la tesi al riguardo qui sostenuta non potrebbe essere in nessun caso attaccata sulla base della teoria del giudicato, giacché anche se l'impostazione accolta non si rivelasse esatta,

(116) Vedi *supra*, pag. 23 ss., le tesi in questo senso di MANGIETTA e CALAMANDREI.

(117) Per l'impostazione di questa alternativa, v.: FARRALAN, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 147, 148.

qualsiasi altra impostazione dovrebbe presentare ancora meno di essa dei punti di frizione con quanto qui affermato.

Si è già accennato come in questo lavoro si esamini il fenomeno delle pregiudizialità anzitutto sotto un profilo meramente logico, quale è quello che risulta da un collegamento di essa con l'iter percorso dal giudice per arrivare alla decisione della lite sottoposta al suo esame; per tale ragione, sembra che l'impostazione del problema del giudicato la quale possa spingere i limiti obiettivi di esso più a contatto dell'ambito di manifestazione della pregiudiziale precedentemente delineato, sia quella che riconnette il giudicato stesso ad un elemento intellettuale che sarebbe da rinvenire nella sentenza; ossia, l'impostazione del giudicato come efficacia attribuibile all'accertamento giudiziale.

Questa impostazione, del resto, non è di per sé incompatibile con l'orientamento ancora oggi dominante, malgrado l'affermazione di tesi estreme, per quel che riguarda la natura della sentenza: quell'orientamento, cioè, che ravvisa nell'atto mediante il quale tipicamente si esplica la funzione giurisdizionale una duplicità di elementi: l'accertamento, e il comando avente un contenuto corrispondente⁽¹¹⁸⁾; anche volendo attribuire allo stesso comando il carattere di immutabilità, ciò non escluderebbe che si possano lasciare salve le costruzioni tradizionali della cosa giudicata, riferendole al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale; e ciò, anche se si volesse attribuire a tale accertamento il solo valore di verificazione dei presupposti dell'elemento volitivo⁽¹¹⁹⁾.

Ad ogni modo, impostando per le ragioni prima indicate il problema del giudicato sulla base di un suo collegamento con l'accertamento, l'aspetto di tale problema che acquista qui ri-

(118) Vedi in questo senso le tesi di CALAMANDREI, *op. cit.*, pag. 23.

(119) Per l'attribuzione di questo valore all'accertamento compiuto dal giudice, v.: FARRALAN, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 147.

levanza può essere così indicato: si tratta di vedere se passi in giudicato solo l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce la *causa petendi*, oppure se il giudicato stesso si estenda anche agli accertamenti dei fatti costitutivi di tale *causa petendi*; quegli accertamenti, cioè, che in base alla definizione precedentemente delineata di pregiudiziale, dovrebbero avere, appunto, carattere meramente pregiudiziale, e, quindi, non passare allora in giudicato.

La questione è anche assai spesso trattata sulla base di termini i quali sono formalmente diversi e, forse, anche tecnicamente meno esatti: si discute, cioè, frequentemente, se passi in giudicato il solo dispositivo della sentenza, oppure anche la motivazione di essa; s'intende, che in tanto questa impostazione della questione che qui interessa può armonizzarsi con quella più generale impostazione della natura del giudicato sulla cui base è condotto il ragionamento, in quanto si ritenga che il dispositivo della sentenza abbia per contenuto non solo l'elemento imperativo, ma anche l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce la *causa petendi*.

Ad ogni modo, da qualunque di queste due impostazioni si voglia partire, la conclusione non è modificata; ossia, in ambedue le ipotesi la dottrina, in modo attualmente unanime, è orientata verso la soluzione più restrittiva, e cioè tendente a limitare il giudicato al solo accertamento della situazione giuridica, e non dei fatti da cui essa ha origine; oppure, se si vuole, al solo dispositivo della sentenza. Tale orientamento trova una perfetta rispondenza in quelle non rare affermazioni, precedentemente riportate, secondo le quali i limiti oggettivi della cosa giudicata sarebbero determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio.

L'asserzione della attuale unanimità della dottrina in questo senso può destare qualche sorpresa, ove si ricordi che, invece, l'opinione opposta, quella della c.d. estensione del giudicato anche ai motivi, era stata sostenuta addirittura da SAVIGNY⁽¹¹⁷⁾

(117) *System des heutigen römischen Rechts*, cit., vol. VI, pag. 379 ss.

e ripresa dal MORTARA⁽¹¹⁸⁾; ma, in realtà, questa posizione rimane pressoché isolata, e la dottrina si orienta tutta nella direzione opposta. In Germania, la nettissima tendenza alla limitazione del giudicato al solo dispositivo⁽¹¹⁹⁾, trova un esplicito appiglio testuale nella formulazione del § 322 I ZPO⁽¹²⁰⁾; ma, pur in assenza di un disposto legislativo del genere, la dottrina italiana non è meno compatta nello stesso senso⁽¹²¹⁾. Naturalmente, corollario della limitazione del giudicato al solo dispositivo della sentenza, è che non passano in giudicato gli accertamenti dei fatti, sui quali la sentenza stessa si basa⁽¹²²⁾.

In conclusione, i lineamenti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità trovano pieno ed esatto riscontro nell'orientamento dell'unanime dottrina nei confronti del problema dei limiti oggettivi del giudicato: infatti, nessuno di quegli accertamenti che si sono qualificati come meramente pregiudiziali sono ricompresi in questi limiti, secondo la ricca letteratura cui si è accennato. D'altra parte, che tutti gli accertamenti i quali non passino in giudicato, debbano essere fatti rientrare nell'ambito della pregiudizialità, lo si può facilmente dedurre dalla contrapposizione di questa all'oggetto del giudizio, e della correlazione dell'oggetto del giudizio col giudicato.

(117) *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, v. s., vol. IV, pag. 71 ss., e specialmente la nota 1 a pag. 72.

(118) Cfr. in questo senso: NORTON, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 416; LANT, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 176, 177; SOTO-JUANA-SCHULZ, *Kommentar*, cit., I 212, V, 1; RUSCHKE, *Lehrbuch*, cit., pag. 718 ss.; SACCOMANO-LATTANEO, *Zivilprozessordnung*, cit., pag. 506, 487.

(119) « Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist ».

(120) CANOVINA, *Principi*, cit., pag. 125 ss.; SOTO, *La nuova giurisdizione*, cit., pag. 346; MORILLAS, *La nuova giurisdizione*, cit., pag. 90; ILICOTTI, *I limiti oggettivi*, cit., pag. 202 ss.; CAVALLATO, *La nuova costituzione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 95; per la dottrina francese, v., nello stesso senso: MOUTON, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e ed., Paris 1949, pag. 438.

(121) SOTO, *La nuova giurisdizione*, cit., pag. 346; CAVALLATO, *LANT, NORTON*, opp. loc. cit. cit.

Ma mentre in dottrina possiamo trovare tale conferma delle tesi qui sostenute, questo non è possibile nei confronti della giurisprudenza, la quale si discosta nettamente dalla dottrina stessa: la giurisprudenza, infatti, forse per influsso dell'insegnamento di MORTARA, afferma che il giudicato copre non solo il dispositivo della sentenza, ma anche quella parte della motivazione che ne forma il logico presupposto⁽¹²⁴⁾ e, in particolare, l'accertamento dei fatti posti dal giudice a base della sua decisione⁽¹²⁵⁾; non passerebbero in giudicato solo quelle affermazioni avanzate nella motivazione a solo scopo espositivo, senza che, peraltro, costituiscono dei necessari passaggi dell'iter logico che ha portato alla decisione finale⁽¹²⁶⁾. Né, del resto, le rare sentenze le quali limitano il giudicato al solo dispositivo⁽¹²⁷⁾ possono

(124) Per l'analisi di questa tendenza giurisprudenziale, e per l'accento alla influenza che su di essa ha avuto la posizione di MORTARA, cfr. DEONO, *La novità giurisdizionale*, etc., cit., pag. 147; BIGNARDI, *I limiti oggettivi*, cit., pag. 294 ss.; v. anche, *id.*, la critica a tale orientamento, il quale, peraltro, è come sfidato concretamente da un folto gruppo di dottrine; cfr. fra le altre: Cass. 12 aprile 1954, n. 1028, in *Giur. civ.*, 1955, 1309; App. Genova, 21 marzo 1955, in *Temi gen.*, 1955, 162; Cass. 9 agosto 1952, n. 2627, in *Rep. Foro it.*, voce: *Cosa giudicata civile*, n. 47; App. Napoli, 22 febbraio 1952, *id.*, n. 40; Trib. Bologna, 22 dicembre 1951, *Temi*, 1952, 40; Cass. 18 febbraio 1954, n. 471, in *Max. Foro it.*, 1954, n. 40; Cass. 21 gennaio 1956, n. 181, *id.*, n. 30; cfr. anche: Cass. 4 luglio 1956, n. 2427, *id.*, n. 407.

(125) Cfr. fra le altre: Cass., 23 maggio 1952, n. 2112, in *Rep. Foro it.*, voce: *Cosa giudicata civile*, nn. 30, 31, la quale afferma che in una sentenza di condanna passa in giudicato anche l'accertamento della esistenza e della validità del titolo dal quale l'attore ha fatto derivare la sua pretesa; Cass., 18 settembre 1948, n. 1267, in *Giur. civ.*, 1955, 1108, annotata da CASARETO, *Cosa giudicata ed accertamento dei fatti*, la quale afferma che la cosa giudicata copre anche l'accertamento dei fatti sui quali la pronuncia è basata.

(126) Per questa esplicita limitazione al contenuto del giudicato, v. fra le altre: Cass. 28 maggio 1952, n. 1518, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce: *Cosa giudicata civile*, n. 49; Cass. 30 giugno 1955, n. 2008, *id.*, n. 22; App. Firenze 16 giugno 1955, *Giur. teor.*, 1955, 586; cfr. anche: Cass., 23 aprile 1951, n. 2104, in *Giur. civ.*, 1955, 1309; App. Firenze 27 febbraio 1954, in *Giur. teor.*, 1954, 123.

(127) Cfr., per la generale previsione di principi, Cass., 12 giugno 1952, n. 2408, in *Foro it.*, 1953, I, 231; da notare, però, che è difficile valutare il valore delle affermazioni ivi contenute, per la particolarità della fattispecie decisa. Il caso era infatti il seguente: un coniuge promuove azione di separazione personale per colpa dell'altro coniuge, basandola su un determinato fatto (accusato), e ritiene

seriamente infirmare la compattezza della tendenza giurisprudenziale.

Contro questa tendenza, su un piano strettamente dogmatico, non si saprebbe aggiungere nulla a quanto precedentemente detto sulla necessità della correlazione tra giudicato e oggetto del giudizio e, ad ogni modo, su quelli che sembrano essere i lineamenti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Solo, si può qui notare come la tendenza giurisprudenziale, contraria all'orientamento dottrinale, cui, forse, potrebbe farsi colpa di una eccessiva sensibilità ad esigenze di inquadramento dogmatico della delicata materia, tale tendenza, dunque, non possa trovare giustificazione neppure su quel terreno di considerazioni pratiche di cui necessariamente la giurisprudenza deve tenere un conto maggiore.

Infatti, come magistralmente già notava il MENESTRINA⁽¹²⁸⁾,

una sentenza favorevole che passa in giudicato; successivamente, lo stesso coniuge promuove un procedimento per ottenere la dichiarazione di morte presunta dell'attore, basandola sugli stessi fatti sui quali egli aveva ottenuto la prima sentenza; la Cassazione ha affermato che « il bene processuale (sostanziale) della sentenza di separazione personale tra il B. e la F. è il diritto alla situazione giuridica di separazione personale per colpa della moglie »; « dimarrebbe al di fuori del giudicato l'accertamento dei fatti; di conseguenza, non vi è nessuna preclusione ad un loro nuovo apprezzamento, magari diverso, nel successivo giudizio. A parte il solito collegamento tra oggetto del giudizio e un « bene », dovuto all'insegnamento del COMARRO, cui si è già accennato, è certa la limitazione della cosa giudicata al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale, ma, certo, il valore della affermazione in tal senso contenuto della sentenza è relativo, stante la particolarità del procedimento per la dichiarazione di morte presunta. Nel senso restrittivo v. anche: Cass. 17 giugno 1957, n. 2299, in *Giur. it.*, 1958, I, 1467, e 4 maggio 1957, n. 1407, *id.*, 1402, la quale sembra costituire un classico di un mantenimento di orientamento.

(128) Cfr. le seguenti parole di MENESTRINA: « Vero dunque in errore colui il quale, considerando la sentenza, non vi scorge che un processo logico del giudice il quale senza la pregiudiziale su tutti i diritti per cui passa, chi potrebbe tranquillamente avviare un processo, quando sapeva che il giudice, posto tenuto, come vedemmo, ad adottare anzitutto il regolamento dell'attore e del convenuto, e particolarmente libera nella scelta della via che gli dà l'affermazione e la negazione della domanda prepostagli, dichiarare in modo definitivo i rapporti giuridici che di questa via sono le tappe naturali? » (La pregiudiziale, *cit.*, pag. 116).

costituirebbe un grave impaccio per le parti, l'attribuzione della forza di giudicato alla decisione di tutti quei punti, sui quali viene sollevata una contestazione al solo fine di risolvere la lite insorta tra di loro; così, poniamo, se la decisione di una causa di scarso valore economico presuppone la soluzione della contestazione su un punto di importanza ben più rilevante, le parti non potrebbero limitarsi a discutere la piccola controversia, perchè verrebbe nello stesso tempo risolta anche la grande.

S'intende, che la tesi sui limiti obbiettivi del giudicato, alla quale qui si aderisce, comporta, come necessario riflesso, l'inaccettabilità di quella teoria c. d. del giudicato implicito, così cara alla giurisprudenza, anche amministrativa⁽¹¹⁹⁾, e del correlativo principio secondo cui il giudicato coprirebbe il dedotto e il deducibile: al contrario, come afferma decisamente la dottrina⁽¹²⁰⁾, il giudicato non copre affatto quegli accertamenti che costituiscono il logico presupposto della sentenza, ma è limitato alla sola decisione della lite insorta tra le parti.

S'intende che, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, si deve ammettere la possibilità che in due giudizi diversi vengano emesse sentenze le quali, anche se non si pongono tra di loro in diretto contrasto, appaiono come conseguenze di premesse tra di loro contraddittorie. Ciò può accadere soprattutto quando da un unico fatto giuridico discendano due diverse situazioni giuridiche sostanziali, le quali possono benissimo costituire oggetti di due autonomi giudizi.

Per chiarire questa ipotesi, si può portare il seguente esem-

(119) Cf. le sentenze citate in Bontano (Alberto), *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio, cit.*, in *Foro amm.*, 1951, II, 1, 342, nota 42.

(120) Cf. soprattutto Favre, *Le nuove giurisdizioni, cit.*, pag. 345, il quale afferma come quell'art. 11 cod. proc. civ., sul quale abbiamo basata la costruzione della nozione di questione pregiudiziale, rende inaccettabile la teoria del giudicato implicito; ma già sotto il vecchio codice, a questa teoria aveva sferrato una aspra riposta critica Azzone (*Critica alla teoria del giudicato implicito, ripubblicata in: Problemi di diritto, cit.*, II, pag. 213 n.).

pio: poniamo che Tizio subisca dei danni alla sua persona, e a cose di sua proprietà, in seguito ad incidente automobilistico; egli, allora, si fa attore in giudizio, chiedendo, anzitutto, il risarcimento del solo danno riportato dalle proprie cose; il convenuto si difende, affermando la mancanza di colpa, e tentando di dare a tal fine la prova liberatoria ai sensi dell'art. 2054 cod. civ.; il giudice ritiene non raggiunta questa prova, e condanna, accogliendo la richiesta dell'attore sulla base dell'affermazione della colpa di Caio. Successivamente al passaggio in giudicato della sentenza relativa, Tizio inizia un nuovo giudizio, stavolta chiedendo il risarcimento dei danni patiti dalla sua persona, e manifestatisi, magari, successivamente alla definizione del primo giudizio; Caio deduce nuovamente la prova liberatoria predetta. Poichè il primo giudicato copre solo l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni materiali di Tizio, e non l'accertamento dei fatti da cui questo diritto scaturisce, ne consegue che nel secondo giudizio non vi è nessuna preclusione alla riproposizione dell'eccezione già respinta dal primo giudice; e, perciò, può darsi benissimo, che il secondo giudice, apprezzando tale prova in modo differente, la ritenga sufficiente, ed assolva il convenuto, affermando la mancanza della sua colpa.

Ci troviamo allora in presenza di due giudicati, i quali non si pongono reciprocamente in diretta contraddizione, giacchè l'uno afferma l'esistenza del diritto A, e l'altro quella del diritto B; malgrado ciò, è evidente la inconciliabilità delle premesse da cui essi partono, giacchè mentre il primo giudicato presuppone la colpa del convenuto, il secondo, invece, la esclude.

Che si possa verificare una ipotesi del genere, costituisce, lo ripetiamo, la ineliminabile conseguenza della limitazione del giudicato al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisorio di merito, e non ricomprendendovi i suoi fatti costitutivi; si deve, però, tenere accuratamente distinta questa ipotesi da quella del contrasto di giudicati vero e proprio, che si ha quando i due di-

spolitivi stessi fossero in contrasto, e non solo le premesse sulle quali essi sono basati; ossia, riprendendo l'esempio precedentemente proposto, quando la seconda sentenza avesse negato l'esistenza del diritto al risarcimento dei danni materiali già accertata dalla prima.

In dottrina è ben conosciuta la distinzione tra contrasto in senso proprio di giudicati, e contrasto delle premesse da cui muovono giudicati di per sé non inconciliabili; questa distinzione è stata delineata, appunto, in relazione a quella limitazione del giudicato che la dottrina stessa sostiene; e in base a tale distinzione, si è confermata la validità della limitazione in parola, mediante l'affermazione per cui il legislatore ha inteso evitare la sola ipotesi più grave, che porterebbe alla contraddizione tra due comandi giurisdizionali, e non anche l'ipotesi meno grave, in cui il contrasto è limitabile al solo piano logico⁽¹⁷¹⁾.

17. Sulla base delle considerazioni che precedono, si può adesso delineare in tutta la sua portata la seconda distinzione che è possibile operare, nell'ambito delle forme di manifestazione del fenomeno della pregiudicialità, seguendo la nota tripartizione del MENESTRINA, prima ricordata⁽¹⁷²⁾: la distinzione tra questione pregiudiziale e causa pregiudiziale.

L'elemento comune sia all'una come all'altra di tali forme risiede nell'identità della connessione con cui la soluzione della questione e della causa si pongono nei confronti dell'accertamento che costituisce l'oggetto del giudizio: tali soluzioni, infatti, riguardano in ambedue i casi i presupposti, mediati o immediati, di tale accertamento. Volendo esprimere lo stesso concetto, sulla base dei termini in cui è scomponibile l'iter logico attraverso il quale il giudice perviene alla decisione finale, si deve dire che tanto la soluzione della questione pregiudiziale, quanto la soluzione della causa avente lo stesso carattere, costi-

⁽¹⁷¹⁾ Vedi, per tutti: MENESTRINA, *La scuola giurisdizionale*, cit., pag. 903.

⁽¹⁷²⁾ *Id.*, *supra*, pag. 37 ss.

tuiscano o una delle premesse del sillogismo ultimo, la cui decisione è appunto la decisione finale, oppure una delle premesse di un sillogismo che costituisce un logico antecedente di esso.

La distinzione tra questione pregiudiziale e causa pregiudiziale va ricercata su un piano strettamente giuridico; più precisamente, la soluzione dell'una e la soluzione dell'altra sono raggiunte con mezzi processuali diversi, e perciò il giurista deve esaminare la differente disciplina positiva dell'una e dell'altra ipotesi. Per tale ragione, la distinzione in parola si differenzia da quella tra punto pregiudiziale, da un lato, e questione e causa pregiudiziale, dall'altro, la quale, come si è detto, si svolge anzitutto su un piano meramente logico⁽¹⁷³⁾.

Il carattere essenziale della distinzione è già stato individuato fin dal MENESTRINA⁽¹⁷⁴⁾, e da allora in poi è rimasto assolutamente indiscusso: si ha causa pregiudiziale, quando una contestazione tra le parti su un punto che rileva per l'accertamento sull'oggetto del giudizio, invece di essere decisa incidenter tantum, al solo fine, cioè, di decidere la questione e. d. principale, viene, a sua volta, decisa principaliter, in un diverso processo; la decisione della causa pregiudiziale si innetterà poi nel processo avente per oggetto la e. d. questione pregiudiziale, svolgendo in esso la stessa funzione della decisione di una questione pregiudiziale, secondo lo schema che si è detto.

Volendo esprimere lo stesso concetto in base all'impostazione che si è sin qui seguita, si deve dire che, mentre la questione pregiudiziale costituisce un mero antecedente logico rispetto all'accertamento in cui si risolve l'oggetto del giudizio, la causa pregiudiziale, pur conservando rispetto a tale oggetto la stessa funzione, si pone, per altro verso, come oggetto di autonomo giudizio. Quel nesso di pregiudicialità, il quale, manifestandosi nelle forme del punto e della questione pregiudiziale, si risolvesse nell'ambito di un solo processo, nella forma della

⁽¹⁷³⁾ *Id.*, *supra*, pag. 39.

⁽¹⁷⁴⁾ *La pregiudiziale*, cit., pag. 111 ss.

causa pregiudiziale si traduce in un collegamento che involge distinti processi.

Dalle considerazioni che precedono, emerge il carattere essenzialmente relativo della distinzione tra questione e causa pregiudiziale: infatti, la questione pregiudiziale può trasformarsi in causa pregiudiziale, quando una mera contestazione tra le parti diventa una vera e propria « lite »; e, d'altra parte, un accertamento che concerne un determinato oggetto del giudizio può porsi come un antecedente logico, rispetto ad altro accertamento, che a sua volta concerne l'oggetto di un giudizio successivamente promosso.

S'intende, però, che la possibilità di trasformazione di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale è tutt'altra che illimitata: perchè essa possa avvenire è necessario anzitutto che l'oggetto della questione presenti un requisito assolutamente indispensabile: e, cioè, che esso possa costituire oggetto di un autonomo giudizio.

Si è già accennato alla impossibilità di una esauriente analisi nel corso del presente lavoro del delicatissimo problema relativo all'individuazione di quelle situazioni giuridiche, le quali possano costituire oggetto di un autonomo accertamento giudiziale; si sono solo enumerate alcune di queste situazioni giuridiche: il diritto soggettivo, il potere, lo status, l'esistenza e la validità di un atto, etc., senza però avere la minima pretesa di completezza. Ma si è fatta una decisa affermazione, peraltro certo non nuova, che merita di essere qui ripetuta; e, cioè, che solo una situazione giuridica può costituire un oggetto del giudizio nel processo civile, e mai elementi di puro fatto; ciò vale, anche per quei fatti da cui eventualmente tale situazione deriva.

Segue da ciò che una questione meramente pregiudiziale, la quale ha per oggetto l'accertamento di un fatto, non può in nessun caso trasformarsi in causa pregiudiziale; questa trasformazione è possibile solo quando l'oggetto della questione mera-

mente pregiudiziale è costituito dall'accertamento di una di quelle situazioni giuridiche che possono determinare il contenuto del provvedimento decisivo, nel senso prima chiarito di questa espressione.

Può perciò delinarsi la nozione di causa pregiudiziale, nei limiti in cui l'accertamento di una di quelle situazioni giuridiche anzidette può porsi come un antecedente logico dell'accertamento di un'altra situazione giuridica della stessa natura: quando ciò possa avvenire, non può in questa sede essere precisato, e questo rappresenta la inclinabile conseguenza della indeterminatezza in cui si è lasciata la categoria delle situazioni giuridiche che possono costituire un autonomo oggetto del giudizio.

Comunque, in base alla enumerazione prima compiuta, si possono indicare alcune ipotesi corrispondenti, di una connessione del genere; questa antecedenza logica, infatti, può manifestarsi quando una situazione giuridica soggettiva trova in una diversa situazione giuridica il suo presupposto; per esempio, un diritto soggettivo nei confronti di uno status; oppure, quando una situazione è costituita mediante l'esercizio di un'altra: per esempio, un diritto soggettivo nei confronti di un potere. Si deve, ad ogni modo, tener conto anche di quel nesso di pregiudizialità il quale collega entità giuridiche, le quali non si trovano altrimenti in relazione reciproca sul piano sostanziale: ma di ciò si dirà più in dettaglio nel paragrafo seguente.

Ad ogni modo, è evidente che la trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale comporta tutta una serie di conseguenze che devono essere indicate; più precisamente, tali conseguenze riguardano anzitutto i profili sotto i quali, come si è detto, il fenomeno della pregiudizialità acquista rilevanza: i limiti obbiettivi della cosa giudicata, e la determinazione dell'organo giurisdizionale competente a decidere, rispettivamente, la questione oppure la causa.

Per quel che riguarda il primo di questi profili, è ovvia la

considerazione per cui quell'accertamento il quale, come meramente pregiudiziale, rimane al di fuori dei limiti oggettivi della cosa giudicata, se è valutato come autonomo oggetto del giudizio, deve necessariamente rientrare in tali limiti. Si delinea anche qui la relatività dei limiti obiettivi del giudicato, la quale, peraltro, non è evidentemente che un mero riflesso della relatività della distinzione stessa tra questione e causa pregiudiziale.

S'intende che la ricomprensione nel giudicato di un accertamento che per altro verso è meramente pregiudiziale, incontra gli stessi limiti della possibilità di trasformazione in una causa di una questione pregiudiziale: è, in ogni caso, necessario, cioè, che tale accertamento verta su un oggetto che sia idoneo ad essere accertato in via autonoma dal giudice. Perciò, di quegli accertamenti i quali, in un dato giudizio, non passano in giudicato, perchè pregiudiziali, possono passare in giudicato in diverso giudizio, perchè ne costituiscono l'oggetto, solo quelli che concernono quelle date situazioni giuridiche di cui precedentemente si è fatto cenno; vi è perciò una categoria, che è, anzi, la più ampia, di accertamenti compiuti dal giudice, i quali sono strutturalmente idonei a passare in giudicato: tra di questi, particolare menzione va fatta degli accertamenti sugli elementi di fatto.

S'intende che questa conclusione vale solo nel processo civile, e non vale per processi di altro tipo, il cui oggetto del giudizio non sia costituito, in tutto o in parte, da situazioni giuridiche, ma al contrario ricomprenda anche dei fatti: si intende qui alludere specialmente al processo penale, la cui dottrina peraltro è assai divisa nella determinazione del suo oggetto⁽¹⁴²⁾; se si accogliesse la tesi per cui nel processo penale

(142) Si deve rilevare anzitutto come nella dottrina del processo penale si siano manifestate delle opinioni estreme, tendenti a negare l'esistenza di un oggetto corrispondente: così, per esempio, Finocchiaro afferma che nel processo penale non si potrebbe parlare di un oggetto, e... perchè questa è correlativo ad un soggetto, e tale non è certamente il processo rispetto alla *res iudicata* (Sistemi del diritto processuale penale, Milano 1926, vol. I, pag. 27); e Sansò nota che «... il

l'oggetto del giudizio comprende esclusivamente, o almeno in parte, anche i « fatti », si potrebbe spiegare sulla base del meccanismo della cosa giudicata il particolare vincolo che lega il giudice civile o amministrativo agli accertamenti compiuti al riguardo dal giudice penale⁽¹⁴³⁾; altrimenti, bisognerebbe ricorrere ad altri schemi, quale quello della preclusione; la questione, comunque, può essere in questa sede tralasciata.

La seconda conseguenza che comporta la trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale è l'acquisto di rilevanza di essa ai fini della determinazione della competenza dell'organo giurisdizionale: si è già accennato, infatti, che la competenza appunto è individuata sulla base dell'oggetto del giudizio. Questo fenomeno è regolato in modo puntualmente corrispondente dall'art. 34 cod. proc. civ., il quale dispone che se la causa pregiudiziale eccede la competenza del giudice investito della causa pregiudicata, egli non può decidere della prima, ma deve rimettere anche la seconda al giudice competente a conoscere della pregiudiziale: quel che qui interessa rilevare, è lo spostamento di competenza della sola pregiudiziale,

processo non ha alcun oggetto, perchè il procedere è un comportamento che, come il dormire, il camminare, non cade direttamente su qualcosa, ma resta nel soggetto stesso che lo compie...» (La correlazione tra imputazione concreta e sentenza, Milano 1953, pag. 27); pare che queste affermazioni le quali, peraltro, trascendono il solo processo penale, perchè di un necessario rigonfiamento logico: l'espressione « oggetto del processo » si deve intendere come sinonimo dell'altra espressione, sicuramente più tecnica, di oggetto del giudice. E l'oggetto di delimitare l'oggetto dell'accertamento giudiziale è stata avvertita anche dal processualista penale, i quali collegano tale oggetto con i fatti imputati e contestati (Sansò, op. loc. cit.), ma più spesso con situazioni giuridiche: così, per esempio, Barone, che parla del diritto soggettivo di punire che appartiene allo Stato (Diritto penale, 2ª ed., Palermo 1953, pag. 117); ma v. anche: La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale, Milano 1956, pag. 33, dove si trova l'affermazione secondo cui l'oggetto del processo penale sarebbe costituito dai fatti da cui sorge la pretesa punitiva statale); più di recente, Lamon ha affermato che oggetto del processo penale è «... il conflitto tra il diritto soggettivo statale di punire e il diritto di libertà del cittadino » (L'ordinamento di diritto processuale penale, Napoli 1956, paragrafo 10); infine, Azzone ha sostenuto che l'oggetto del processo penale è costituito dal dovere del giudice di punire (L'ordinamento giuridico, etc., cit., pag. 110).

(143) Cf. art. 23 n. cod. proc. pen.

la quale è dovuta alla disciplina del fenomeno cui è dedicato il presente lavoro, più che lo spostamento anche della pregiudicata, la quale consegue per ragioni di connessione tra cause.

Precisata così la distinzione tra questione e causa pregiudiziale, e indicati i limiti generici della corrispondente trasformabilità della prima nella seconda, e le sue conseguenze, si devono adesso svolgere alcune considerazioni sui concreti presupposti cui tale trasformazione è legata.

L'art. 34 cod. proc. civ. prevede, al riguardo, due distinte ipotesi: la volontà della legge e la domanda delle parti.

Nella prima ipotesi, la trasformazione della questione in causa pregiudiziale discende automaticamente dalla individuazione di una disposizione di legge, la quale vieti che un dato accertamento venga compiuto solo *incidenter tantum*, e imponga in proposito un autonomo oggetto del giudizio.

Uno degli esempi meno confutabili che al riguardo vengono portati è costituito dall'accertamento della validità del precedente matrimonio nel giudizio conseguente all'impugnazione per bigamia del matrimonio successivo (art. 124 cod. civ.)⁽¹²⁷⁾.

Parlando degli accertamenti i quali, per legge, devono essere compiuti mediante un autonomo giudizio, è d'obbligo il richiamo alla querela di falso.

I caratteri generici dell'istituto sono ben noti: quando si impugna per falsità un atto pubblico e, talvolta, anche una scrittura privata⁽¹²⁸⁾, l'accertamento relativo può avvenire solo mediante uno speciale procedimento di competenza del tribunale⁽¹²⁹⁾, e che si conclude con una sentenza di controversa natura⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁷⁾ Vedi per questo, e per altri esempi, ANTONI, *Commento*, cit., I, pag. 113.

⁽¹²⁸⁾ Sulla possibilità di impugnazione mediante querela di falso di una scrittura privata v. per tutti ANTONI, *Commento*, cit., II, pag. 114.

⁽¹²⁹⁾ Art. 3 cod. proc. civ.

⁽¹³⁰⁾ Mentre generalmente si ritiene che la sentenza con la quale viene decisa la querela di falso abbia natura di mero accertamento, di recente da AT-

Tale impugnazione può essere proposta in due modi, secondo che essa avvenga in via principale, oppure nel corso di una causa, per la cui decisione la falsità o l'autenticità del documento di cui si tratta costituisca un elemento rilevante⁽¹³¹⁾. Il collegamento tra la querela di falso e gli accertamenti di cui all'art. 34 potrebbe avvenire, giacchè, si afferma, anche nel caso in cui la querela di falso sia proposta incidentalmente, essa deve essere decisa in autonomo giudizio, esattamente come se la proposizione di essa fosse compiuta in via principale; con la conseguenza che in ambedue le ipotesi la sentenza acquista forza di giudicato *erga omnes*⁽¹³²⁾.

Parrebbe, perciò, che la querela di falso costituisca un tipico caso di questione pregiudiziale, la cui trasformazione in causa è obbligatoria per legge⁽¹³³⁾; ma ciò è discusso in dottrina, in quanto si contesta che si possa parlare di vero carattere pregiudiziale del nesso che unisce la decisione della querela di falso alla decisione della causa pregiudicata; la soluzione del problema discende, naturalmente, da quella nozione di nesso di pregiudizialità che può essere delineata su un piano strettamente

nesso e da DOTTI si è sostenuto che essa abbia, invece, carattere costitutivo; in difesa della tendenza tradizionale, v.: LIZIANI, *L'oggetto del processo civile di falso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1917, pag. 402 ss.; v. anche le citazioni degli scritti di ATTANEI e DOTTI, ed altra bibliografia; particolarmente v.: DOTTI, *Falsità di scrittura e giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1918, p. 115 ss.

⁽¹³¹⁾ Vedi art. 321 cod. proc. civ.

⁽¹³²⁾ È questo l'accertamento di gran lunga prevalente in dottrina; v. per tutti: CORDERO, *Principi*, cit., pag. 250, 251; ESPOSITI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pag. 215, 216, il quale critica la contraria opinione, manifestata da CASARETO nella 1ª edizione delle sue *Lezioni*; v. anche: CORTI, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, s. n., pag. 281; in giurisprudenza, v. sempre nella stessa senso: Cass., 11 marzo 1943, nelle motivazioni, in *Foro it.*, 1943, I, 431; Cass., 9 giugno 1940, *Rep. Foro it.*, voce: Falso civile, n. 30; Cass. 9 giugno 1941, *ibid.*, 1941, n. 21.

⁽¹³³⁾ In questo senso, v. ANTONI, *Commento*, cit., pag. 123; per la giurisprudenza, v. sempre nella stessa senso: Cass., 2 agosto 1941, *Rep. Foro it.*, 1941, voce: Falso civile, n. 16; 14 maggio 1941, *ibid.*, 1941-42, n. 3; Trib. Aquila, 12 febbraio 1911, *ibid.*, 1911, n. 27; App. Aquila, 28 ottobre 1911, *ibid.*, n. 25; Cass. 19 gennaio 1954, n. 197, *ibid.*, 1954, n. 18.

giuridico, e, per tale ragione, il tema sarà ripreso più ampiamente nel paragrafo successivo, ad essa dedicato.

Quanto al secondo presupposto previsto dalla legge per la trasformazione di una questione in una causa pregiudiziale, e cioè la domanda delle parti, parebbe a prima vista che la norma, in proposito, sia di più facile applicazione che per quel che riguarda il primo presupposto già esaminato: nella seconda ipotesi, infatti, non si tratterebbe neppure di procedere ad una interpretazione di una disposizione legislativa, che imponga il carattere autonomo ad un dato accertamento, ma sarebbe solo sufficiente verificare l'esistenza di un atto di parte, sia pure con determinate caratteristiche di univocità⁽²⁰⁶⁾.

Eppure, proprio in sede di individuazione di quelle questioni pregiudiziali, le quali possono essere trasformate in cause su domanda di parte, si sono manifestati in dottrina i più profondi dissensi, ed anzi, si sono delineate quelle tendenze revisionistiche della teoria tradizionale della pregiudiziale, tendenze di cui più volte si è fatto cenno⁽²⁰⁷⁾.

In base ai lineamenti che si sono qui attribuiti al fenomeno della pregiudizialità, la soluzione del problema non darebbe luogo ad eccessive difficoltà: tutte le questioni pregiudiziali possono essere trasformate per la volontà delle parti in cause pregiudiziali, con l'unica limitazione, prima accennata, e cioè che il loro oggetto sia idoneo a costituire oggetto di un autonomo giudizio; ciò, appunto, può avvenire quando l'accertamento di una situazione giuridica avente tale carattere sia un antecedente logico rispetto all'accertamento di altra situazione giuridica, che già costituisca un altro autonomo giudizio.

(206) Per le questioni relative a questo carattere di univocità, v.: ANTONI, *Commento*, cit., pag. 111; la giurisprudenza si è consolidata nel senso che l'accertamento della volontà della parte costituisce apprezzamento di merito, insindacabile in Cassazione: *Cass.*, 19 ottobre 1955, n. 2288, *Rep. Foro it.*, 1955, voce: *Procedimento civile*, n. 411.

(207) *Civ. sopra*, pag. 15, nota 1.

Al riguardo, si può portare il seguente esempio: Tizio, venditore di un oggetto a rate a Cajo, agisce in giudizio per il pagamento di una singola rata; Cajo basa la propria difesa sulla invalidità del contratto: egli, perciò, può anzitutto far valere questa invalidità, al solo scopo di far respingere la domanda attrice, col rischio, s'intende, che anche se ottiene questo risultato, Tizio potrà tornare alla carica alla scadenza della rata successiva, con necessità di riproporre la stessa eccezione, e con la possibilità di vedersela respingere nel secondo giudizio; ma anche col vantaggio, che se Tizio ottiene la condanna al pagamento della prima rata, può vedersi sollevata la stessa eccezione nel giudizio per ottenere il pagamento di una rata successiva, facendosi magari respingere la sua domanda; questa è l'ovvia applicazione della possibilità di emissione di giudicati basati su premesse contraddittorie, già precedentemente esposta⁽²⁰⁸⁾.

Ma poiché la validità di un contratto può costituire valido oggetto di un autonomo giudizio, per evitare questo fenomeno, tanto l'attore come il convenuto possono chiedere che il giudice accerti *principaliter* tale validità; ossia, essi possono trasformare in una causa pregiudiziale una semplice questione, applicando l'art. 34 *cod. proc. civ.* In tal modo, non si avrebbe più un solo oggetto del giudizio, costituito dal diritto del venditore al pagamento di una singola rata, ma, accanto a questo, se ne verrebbe a porre un altro, costituito dalla validità del contratto di compravendita; s'intende, che a tale duplicità di oggetti, corrisponderebbe una duplicità di processi, di condanna l'uno, di accertamento il secondo⁽²⁰⁹⁾.

(208) *Civ. sopra*, pagg. 157, 158.

(209) È da notare che l'impostazione del problema che è svolta nel testo, è pienamente seguita da una serie di pronunce giurisprudenziali, le quali nettamente distinguono se la contestazione su un punto rilevante per la decisione della causa, è sollevata al solo fine di paralizzare la domanda dell'attore, oppure per ottenere un accertamento giudiziale sulla affermazione del convenuto: nella prima ipotesi, non si è spostamento di competenza, neppure se tale contestazione, valutata come una lite vera e propria, appartenga alla competenza di un giudice di-

Non occorre qui soffermarci sul collegamento, peraltro evidente, tra la distinzione tra questione e causa pregiudiziale, da un lato, e la distinzione tra eccezione semplice e eccezione riconvenzionale, dall'altro⁽¹⁷⁶⁾; preme solo osservare come la co-

nona da quelle davanti al quale pendè la causa pregiudiziale, e, conseguentemente, la decisione di essa non possa in giudizio; nella seconda ipotesi, viceversa, vi è spostamento di competenza, e passaggio in giudizio; v. per tutti: Cass. 22 marzo 1915, n. 881, in *Rep. Foro it.*, 1915, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 377; Cass. 28 ottobre 1915, n. 3159, *id.*, n. 375.

Tale distinzione, in particolare, è stata applicata nelle seguenti fattispecie: in una causa per rilascio di un immobile, il convenuto si era difeso occupando la propria titolarità di un diritto reale, nei confronti dell'immobile stesso (Cass. 5 luglio 1915, n. 2023, in *Rep. Foro it.*, 1915, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 382); in una causa per risarcimento dei danni derivanti dalla contraffazione di un marchio, il convenuto si è difeso, occupando la decadenza del marchio stesso (Trib. Milano, 20 maggio 1914, in *Foro it.*, 1915, I, 314, che distingue in modo chiarissimo le due ipotesi sopra indicate).

La distinzione in esame è anche presupposta da una sentenza, la quale ha fatto la seguente applicazione dell'art. 14 cod. proc. civ.: in una causa per il rilascio di un immobile, il convenuto occupò il proprio diritto di ritenzione, avente base convenzionale, fino al pagamento, da parte dell'attore, delle spese sostenute per le riparazioni effettuate; il convenuto, però, non si contentò di sollevare tale contestazione in forma di questione pregiudiziale, ma chiese l'accertamento giudiziale del suo diritto, iniziando così, sostanzialmente, un nuovo giudizio, concluso col primo, e avente un diverso oggetto; il giudice ha accolto la domanda del convenuto (Cass., 20 ottobre 1911, n. 3038, in *Rep. Foro it.*, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 382).

È evidente che in tutto è possibile operare la distinzione tracciata, tra questione e causa pregiudiziale, in quanto si limiti l'efficacia del giudizio al solo accertamento vertente sull'oggetto del giudizio; se, viceversa, si estende il giudizio anche ai motivi, cioè agli accertamenti meramente pregiudiziali, è certo che la distinzione in parola viene cancellata, in quanto anche la decisione delle mere questioni pregiudiziali passerrebbe in giudizio, al pari della decisione delle cause pregiudiziali; sotto questo profilo, le sentenze citate in questa nota si pongono in contraddizione con quell'orientamento giurisprudenziale, sopra ricordato, secondo cui il giudizio si estende alla motivazione.

(176) La distinzione tra eccezioni semplici ed eccezioni riconvenzionali è dovuta, come è noto, al *Manuale* (Commentario, etc., cit., vol. II, pag. 108 ss.) solo sulla base di tale distinzione, applicata dalla giurisprudenza, come si è accennato alla nota precedente, è possibile accogliere il principio per cui il giudice dell'azione è anche il giudice dell'eccezione (semplice); si può comprendere, perciò, come chi non tenga conto della distinzione stessa, non possa accettare il principio suddetto (v., in questo senso negativo: FASCINO, *Le pregiudizialità*, cit., pagina 97); per rilievi critici contro questo principio, che avrebbe validità solo per il

istruzione proposta sia perfettamente conforme all'insegnamento di MENESTRINA e soprattutto di CHIOVENNA⁽¹⁷⁷⁾.

All'orientamento tradizionale si oppone il recente insegnamento di SATTA. Si profila qui la conseguenza della tesi dell'illustre autore, della quale si è già detto, per cui l'accertamento dei fatti costitutivi della situazione giuridica fatta valere in giudizio apparterebbe allo stesso oggetto del giudizio, e non avrebbe carattere meramente pregiudiziale in senso tecnico⁽¹⁷⁸⁾; sulla base di questa opinione, SATTA ha affermato che la teoria della pregiudiziale in senso logico e ... non può in alcun modo essere posta a fondamento di una teoria degli accertamenti incidentali⁽¹⁷⁹⁾.

I rilievi che a questa affermazione si potrebbero opporre possono essere sinteticamente così indicati: per quel che riguarda i limiti che sono da attribuire all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in senso meramente logico, si sono già espresse le ragioni per le quali la moderna tecnica processuale, basata sulla elaborazione della nozione di oggetto del giudizio, sembra riconfermare i risultati cui era già pervenuta in proposito la dottrina tradizionale. Per quel che riguarda, poi, i caratteri in base ai quali sarebbe possibile delineare una nozione di questione pregiudiziale in senso giuridico, più ristretta, rispetto all'ampio concetto anzidetto, il problema

diritto francese, v.: SATTA, *Nuove riflessioni*, etc., cit., in *Foro it.*, 1945, I, 65, 66; sulla portata di tale principio nel diritto francese v.: MULL, *Traité élémentaire de procédure civile*, cit., pag. 234 ss.

(177) *Principi*, etc., cit., pag. 1172 ss.; per una applicazione della distinzione al campo della pregiudiziale, v., di recente: D'AVANZA, *Appunti sull'accertamento incidentale*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 428.

Il tema dell'accertamento incidentale con forma di giudizio, compiuto dal giudice, su domanda di parte, nei confronti di una questione pregiudiziale, è stato specificamente trattato da MENESTRINA, in tema di accertamento incidentale e di limiti del giudizio, il quale esamina il problema, valutando criticamente l'impostazione di CASATI (Riv. dir. proc., 1911, I, 325 ss.).

(178) *Accertamenti incidentali*, etc., cit., in *Foro it.*, 1947, I, 29, 30.

(179) *Nuove riflessioni*, etc., cit., 66.

sarà specificamente trattato nel paragrafo seguente; ma fin da ora si può notare come pregiudizialità logica e pregiudizialità giuridica presentino una stretta connessione, se non altro sotto questo profilo: che ogni questione pregiudiziale in senso giuridico lo è anche in senso logico.

Si è già accennato⁽¹¹⁵⁾ ai dubbi che suscita la tesi di SATTA, relativamente all'ampliamento del contenuto dell'oggetto del giudizio, sino a ricomprendervi tutto l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, inteso su un piano meramente logico. Alle considerazioni allora svolte, si deve adesso aggiungere che in tal modo si viene a spezzare quel rapporto che pare debba delinearci tra pregiudizialità logica e pregiudizialità giuridica, in quanto quest'ultima non potrebbe più costituire una *species* della prima, ma, anzi, ad essa si contrapporrebbe; con la conseguenza che in tal modo appare assai problematica, come lo stesso SATTA ammette⁽¹¹⁶⁾, l'individuazione di quelle che dovrebbero costituire le pregiudiziali in senso giuridico.

S'intende che non tutte le questioni pregiudiziali possono trasformarsi in cause pregiudiziali, e si è già detto quale è il limite fondamentale che è da porsi alla possibilità di una trasformazione siffatta; pare però che in base alla teoria della pregiudiziale, il limite suddetto sia il solo che questa trasformabilità incontri.

Con questo, non si vuole certo negare che la trasformazione di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale non possa, in concreto, trovare altri ostacoli; solo, questi ultimi sembrano discendere da altri principi di diritto processuale, estranei al tema qui trattato.

Per esempio, non si esclude che possano sorgere difficoltà all'applicazione dell'art. 34 cod. proc. civ., nelle ipotesi in cui, se la questione pregiudiziale fosse trasformata in causa, questa

⁽¹¹⁵⁾ V. supra, pagg. 32, 33.

⁽¹¹⁶⁾ V. da ultimo: *Diritto processuale*, cit., pagg. 32, 34.

dovrebbe svolgersi (anche) tra parti diverse da quelle tra le quali si discute la causa pregiudicata: ciò si verifica normalmente quando la causa pregiudiziale ha per oggetto un rapporto giuridico intercorrente tra soggetti diversi da quelli tra i quali corre il rapporto che è l'oggetto della causa pregiudicata.

Tale sfasamento dell'elemento soggettivo non costituisce però di per sé un ostacolo a ravvisare nella questione e nella causa in parola una questione e una causa pregiudiziale, anche in senso tecnico: è questa la tesi sostenuta esattamente anche di recente⁽¹¹⁷⁾, e che, peraltro, era stata affermata fin dal MENESTRINA⁽¹¹⁸⁾; senza contare, infine, che uno di quegli esempi prima ricordati di trasformazione di questione pregiudiziale in causa pregiudiziale per volontà di legge, comporta, appunto, questo fenomeno: nell'ipotesi in cui si impugni per bigamia un dato matrimonio, infatti, la causa avente per oggetto l'esistenza e la validità del matrimonio precedente evidentemente dovrà svolgersi in contraddittorio col primo coniuge del bigamo, il quale non è necessariamente parte del giudizio di impugnazione predetto.

Le difficoltà che possano derivare ad una integrale applicazione dell'art. 34, quando si produce quello sfasamento dell'elemento soggettivo che è in esame, deriverebbero, eventualmente, da principi diversi da quelli della pregiudiziale, e che vanno ricollegati all'esigenza di formare il contraddittorio tra i legittimi contraddittori, e alla disciplina dettata dal codice per il litisconsorzio necessario e per le chiamate in giudizio del terzo; e, sotto questo profilo, le ipotesi portate dal SATTA appaiono senz'altro assai delicate⁽¹¹⁹⁾⁽¹²⁰⁾. Si può però qui trala-

⁽¹¹⁷⁾ CARRAZZO, *La pregiudizialità*, cit., cit., pag. 26 n.

⁽¹¹⁸⁾ *La pregiudiziale*, cit., pag. 173, nota 3, dove l'intervento principale nel *causidarius* è definito come « un'azione pregiudiziale ».

⁽¹¹⁹⁾ *Accertamenti incidentali*, cit., cit., 29 n.

⁽¹²⁰⁾ S'intende, che le difficoltà di cui si parla, sorgono nel solo caso in cui la questione pregiudiziale, concernente il rapporto con terzi estranei al giudizio, viene trasformata in causa pregiudiziale; infatti, come afferma la giurisprudenza,

sciare questo argomento, perchè da un lato, per le ragioni prima esposte, i risultati cui condurrebbe una sua analisi, non possono alterare i lineamenti che si sono attribuiti al fenomeno della pregiudizialità; e, dall'altro, tale argomento sembra avere una rilevanza assai scarsa nel processo amministrativo, cui specificamente è dedicato il presente lavoro.

Infine, un'ultima considerazione: l'applicabilità dell'art. 34 è stata fin qui esaminata da un punto di vista, il quale è senz'altro più ristretto di quello che occorre in realtà tener presente; infatti, quando si è parlato del limite della trasformabilità di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale, in relazione all'idoneità dell'oggetto della prima a costituire oggetto di un autonomo giudizio, il discorso è stato condotto in riferimento al solo processo civile. Si deve ricordare, però, che possono sorgere delle questioni pregiudiziali, che vertono su un oggetto il quale, accertato in via autonoma, ricadrebbe nella competenza dei giudici penali, o nella giurisdizione di giudici speciali. I lineamenti essenziali della trasformazione della questione in causa non vengono, per questo, mutati, per quel che riguarda i due profili fondamentali sotto i quali il fenomeno della pre-

denza, se tale questione può essere risolta senza che la relativa decisione acquisi forza di giudicato, la chiamata in giudizio del terzo non è, ovviamente, necessaria (Cass. 25 marzo 1914, n. 811, nella motivazione riportata in *Giur. it.*, 1914, I, 1, 500, 501; Trib. Benevento, 4 marzo 1912, in *Dir. e giur.*, 1912, 202); in base a tale principio è stata decisa la seguente fattispecie: il coniuge del bianco, beneficiario per testamento oltre i limiti stabiliti dall'art. 193 cod. civ., aliena il bene in tal modo riservato, che, peraltro, era rinvenuto nel possesso degli eredi; il terzo acquirente agisce in rivendica contro questi, i quali si difendono, eccependo la invalidità dell'aliquazione per rinuncia del potere di disporre; la Cassazione ha deciso che se la contestazione sulla validità dell'atto, è sollevata al solo scopo di paralizzare la domanda attiva, senza che sia necessario decidere su di essa con forza di giudicato, non è necessaria la chiamata in causa del coniuge alienante (28 aprile 1914, n. 1714, in *Giur. it.*, 1914, I, 1, 902).

Dello stesso principio è stata fatta applicazione anche in materia di società, v. da ultimo, Cass., 27 ottobre 1917, n. 3048, in *Giur. it.*, 1918, I, 1, 805, con ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza sul punto specifico.

giudizialità deve essere riguardato: la competenza, e i limiti oggettivi del giudicato.

Maggiori differenze nell'ipotesi in esame, rispetto a quella precedentemente considerata, si possono però registrare per quel che riguarda la disciplina dei presupposti cui in concreto tale trasformazione è legata. Anzitutto, i poteri delle parti, di promuovere questa trasformazione su loro domanda, pare, in complesso, sensibilmente limitata, almeno nella misura nella quale diminuisce l'iniziativa di parte nel tipo di processo nel quale la causa stessa dovrebbe essere discussa.

D'altra parte, si ampliano correlativamente, in tale ipotesi, i casi in cui la trasformazione in oggetto del giudizio di un accertamento pregiudiziale è imposta per legge: l'esempio del processo penale appare come il più indicativo.

Ad ogni modo, quando l'oggetto del giudizio in cui si trasforma un accertamento pregiudiziale ricade nella competenza o nella giurisdizione di un giudice di tipo diverso da quello davanti al quale è pendente la causa pregiudicata, insorgono delicate questioni di rapporti tra giurisdizioni diverse, di cui si dirà più particolarmente nella seconda parte del presente lavoro, specie a proposito del notissimo art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

18. Nell'ultimo paragrafo di questa prima parte del presente lavoro, dedicata a considerazioni di carattere generale sul fenomeno della pregiudizialità, è opportuno accennare ad alcune osservazioni attinenti ad un problema assai interessante: quello relativo ai caratteri su cui sarebbe possibile delineare un concetto di pregiudiziale strettamente giuridico, il quale si presenti come più ristretto rispetto all'ampia nozione di pregiudizialità meramente logica fin qui considerata.

Può stupire che tale problema venga trattato solo dopo che si è esaminato il fenomeno della pregiudizialità in tutte le sue varie forme e nella sua connessione con l'oggetto del giudizio:

soprattutto, può sorprendere che si tenti una definizione di quella nozione di pregiudizialità che dovrebbe interessare più da vicino il giurista, solo dopo che si è esposta, almeno nelle sue linee principali, la disciplina positiva del fenomeno; ma questa proposizione non è senza una ragione: infatti, si vuole compiere questo tentativo, proprio sulla base di tale disciplina, e, in realtà, il risultato cui si perverrà in proposito pare già implicito in quanto sin qui detto.

Già nella fondamentale monografia del MENESTRINA⁽¹¹⁴⁾ venne avvertita l'esigenza di enucleare un concetto più tecnico di pregiudiziale, rispetto a quello meramente logico; un concetto, cioè, che tenesse più conto di quei profili del fenomeno che maggiormente interessano il diritto.

Il criterio fondamentale, cui fin dal MENESTRINA la ricerca in tal senso fu improntata, è quella, peraltro già indicato, per cui la pregiudiziale giuridica non può che costituire una specificazione all'ampio genus della pregiudiziale logica⁽¹¹⁵⁾; e l'opportunità di tale criterio è stata anche successivamente riaffermata⁽¹¹⁶⁾. Pur non costituendo perciò ogni pregiudiziale in senso logico anche una pregiudiziale in senso giuridico, ogni pregiudiziale in senso giuridico è sempre anche una pregiudiziale in senso logico⁽¹¹⁷⁾; e l'insistenza con la quale si ritorna sul punto pare largamente giustificata dall'importanza delle conseguenze che da esso si possono trarre: in particolare, è in tal modo possibile sostenere la validità anche per la pregiudizialità tecnica, di quei limiti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione della pregiudizialità meramente logica; e una applicazione di ciò la si è già vista a proposito del problema

(114) *Le pregiudiziale*, cit., pag. 10 ss.

(115) «La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica...» (MENESTRINA, *Le pregiudiziale*, cit., pag. 12).

(116) Cf. ALLON, *Le casi giudiziali rispetto ai terzi*, cit., pag. 66, 67; FERRARI, *Le pregiudiziali*, cit., pag. 11.

(117) MENESTRINA, *Le pregiudiziale*, cit., pag. 10.

della trasformazione delle questioni pregiudiziali in cause pregiudiziali.

Il MENESTRINA, naturalmente, non si è limitato ad esporre i termini della questione, ma ne ha anche proposto una soluzione: egli, cioè, ha affermato che si avrebbe pregiudizialità tecnica quando le due premesse del sillogismo, in cui si risolve la questione (o la causa) di cui si tratta, hanno la stessa natura di quelle del sillogismo finale: un determinato fatto, e una norma di legge⁽¹¹⁸⁾; le questioni e le cause pregiudiziali in senso tecnico sarebbero quindi quelle che comportano la sussunzione di una fattispecie concreta sotto una fattispecie legale.

Sulla base di questa soluzione proposta, il MENESTRINA individua due categorie di pregiudiziali in senso logico, che lo sarebbero anche in senso giuridico.

La prima di esse si avrebbe, quando la questione o la causa verte su rapporti giuridici, diritti soggettivi, pretese⁽¹¹⁹⁾; l'enumerazione non appare né troppo precisa né esauriente, ma, in sostanza, in questa categoria MENESTRINA ha voluto raggruppare tutte le questioni pregiudiziali le quali vertono su un oggetto che può anche essere accertato giudizialmente in via autonoma⁽¹²⁰⁾.

Nella seconda categoria, invece, andrebbero raggruppate le altre questioni le quali, pur non essendo idonee a costituire un autonomo oggetto del giudizio, presentano, nel senso suddetto, una struttura analoga al sillogismo finale del ragionamento del giudice⁽¹²¹⁾; e MENESTRINA le definisce come le questioni che

(118) MENESTRINA, *Le pregiudiziale*, cit., pag. 11, 12; per ulteriori cenni su tale distinzione v.: FERRARI, *Le pregiudiziali*, cit., pag. 10 ss.

(119) MENESTRINA, *Le pregiudiziale*, cit., pag. 12 ss.

(120) Nella categoria in parola il MENESTRINA ricomprende anche l'accertamento della qualità di erede (Le pregiudiziale, cit., pag. 11); sul rapporto tra tale accertamento e le cause aventi per oggetto determinate attività e passività ereditarie, v.: FERRARI, *Nuove riflessioni*, cit., cit., 47.

(121) MENESTRINA porta a questo proposito gli esempi recitati dagli accertamenti relativi alla qualità delle cose: la commerciabilità, il carattere nero, ecc. (Le pregiudiziale, cit., pag. 10).

hanno per oggetto « ... fatti giuridici che sono tanto avvenimenti che stati di diritto » (174).

La distinzione tra pregiudizialità logica e pregiudizialità giuridica proposta dal MENESTRINA appare perfettamente sostenibile, ma solo proprio da un punto di vista... meramente logico; si può dubitare infatti dell'utilità che tale distinzione può avere per il giurista.

Le ragioni di tale dubbio paiono derivare dall'impossibilità di individuare un profilo della disciplina giuridica del fenomeno della pregiudizialità, sotto il quale acquisti rilevanza la natura dei termini delle questioni e delle cause pregiudiziali. Sembra perciò che il MENESTRINA abbia ristretto la vasta nozione di pregiudizialità logica, mediante un più ristretto concetto di pregiudizialità, che è sì colorata in termini giuridici, ma che non presenta, più di quella, nessuna specifica possibilità di applicazione nel processo.

In realtà, la nozione di pregiudizialità giuridica che pare opportuno delineare, discende pianamente dalle considerazioni prima svolte sulla disciplina positiva del fenomeno della pregiudizialità. Si è più volte notato come tale disciplina investa il fenomeno in parola sotto due profili ben determinati: la competenza dell'organo giurisdizionale e i limiti oggettivi delle cose giudicate; si è anche parimenti notato come ambedue questi profili portino verso una unica nozione giuridica: quella di oggetto del giudizio.

Per tali ragioni, pare che debbano essere considerate pregiudiziali in senso tecnico, quelle questioni le quali vertono su un oggetto, che può anche costituire oggetto di un autonomo giudizio.

Non solo, ma le questioni che si sono definite come pregiudiziali in senso tecnico, sono anche quelle le quali possono, almeno in via di massima, trasformarsi in cause pregiudiziali: una

(174) MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 96 ss.

ulteriore ragione di preferenza per tale definizione può quindi trarsi dalla circostanza che su di esse è imperniata la disciplina degli accertamenti incidentali, così come questa è prevista nell'art. 34 cod. proc. civ.

In tal modo, nel delineare la nozione di pregiudiziale in senso tecnico, si aderisce a quella tesi, la quale era stata sostenuta già nell'opera del BOEHMER (175), anteriore alla monografia del MENESTRINA, il quale anzi se ne discosta (176); ma che non di meno oggi è accolta dall'orientamento dominante (177) (178).

Pur manifestando la nostra adesione a tale tesi, si deve accennare anche ad altra opinione, la quale presenta spunti del più alto interesse. Secondo essa, si avrebbe pregiudizialità in senso giuridico nei casi in cui quel vincolo di precedenza logica che lega gli accertamenti successivamente compiuti dal giudice, non è un fenomeno limitato al solo piano processuale, ma, al contrario, appare come un mero riflesso di un fenomeno che si svolge anzitutto sul piano sostanziale; in altri termini, il vincolo che lega gli accertamenti giudiziali non sarebbe altro che una conseguenza di una connessione che unisce le entità giuridiche sostanziali accertate.

Come è noto, questa tesi, sostenuta per la prima volta in tempi ormai assai lontani (179), ha trovato successivamente pro-

(175) Vedi riportata in MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 96 ss.

(176) MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 96 ss.

(177) Cfr. la bibliografia citata dal CARLUCCI, *La pregiudiziale*, cit., cit., pag. 15, nota II, col. 1.º; FUSCO, *La pregiudiziale*, cit., pag. 49, 50; LUTZMAN, *Sulla sospensione propria e impropria del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, pag. 155.

(178) Da rilevare la tesi di CARLUCCI, secondo la quale si avrebbe questione pregiudiziale in senso giuridico, quando essa riguardi non solo « il rapporto litigioso dedotto nel processo, ma diversi e più rapporti diversi »; quei rapporti, cioè, che possono costituire l'oggetto di autonomi giudizi (in senso di accertamento incidentale, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1945, II, 15 ss.); per ulteriori citazioni su tale tesi, v., da ultimo, LUTZMAN, *Sulla sospensione propria, etc.*, cit., pag. 155 e, procedentemente, FUSCO, *La pregiudiziale*, cit., pag. 42 ss.

(179) Essa risale al BUCHENHEIM (*Die Identität und materielle Connexion der Rechtsverhältnisse*, Göttingen 1818, pag. 115 ss.).

prio in Italia la sua più suggestiva elaborazione, ad opera di ALLORIO⁽¹⁰²⁾, secondo il quale si avrebbe processualmente accertamento pregiudiziale, in senso tecnico, quando il suo oggetto fosse un rapporto giuridico pregiudiziale, e quest'ultimo andrebbe definito come «... il rapporto giuridico che rientra nella fattispecie d'altro rapporto giuridico»⁽¹⁰³⁾.

In tal modo, si esce decisamente da quella valutazione del fenomeno della pregiudizialità, su un piano meramente processuale, al quale, peraltro, ci siamo sempre attenuti, per ampliare la prospettiva fino allo stesso piano sostanziale; del resto, proprio all'inizio di questo lavoro⁽¹⁰⁴⁾, si è affermata la molteplicità dei punti di vista da cui la pregiudizialità stessa può essere considerata, e si era indicato quello tra questi, dal quale ci si poneva.

L'accoglimento dell'una o dell'altra nozione di pregiudizialità giuridica appare come strettamente conseguente alla scelta del punto di vista che si è operata; se ci si pone dall'angolo visuale del processo, del ragionamento del giudice, non si ravvisano perciò motivi per l'accoglimento di un concetto di pregiudiziale diverso da quello che appare come il preferibile, sulla base della disciplina processuale del fenomeno.

Con questo, non si vuole certo negare l'esistenza di un gruppo di questione pregiudiziali in senso tecnico, la cui connessione con l'oggetto del giudizio trova la sua radice anzitutto nel terreno sostanziale; sarebbe anzi assai interessante una precisazione di esse, e probabilmente questa precisazione dovrebbe essere basata su una analisi del procedimento, mediante il quale l'ordinamento giuridico fa nascere da determinati fatti costitu-

(102) La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit., pag. 48 ss.; cfr., di recente, anche LANTINI, La cooperazione propria e a improprio e del processo civile, in Riv. dir. proc., 1958, pag. 114.

(103) La cosa giudicata, cit., pag. 49; per i vari modi di intendere il senso di pregiudizialità, v.: FERRARINI, Le pregiudizialità, cit., pag. 4 ss.

(104) Cfr., supra, pag. 21.

tivi date situazioni giuridiche soggettive, oppure le ricollega ad una norma dell'autonomia privata da esso riconosciuta; tutto ciò, secondo gli schemi di un orientamento già precedentemente ricordato⁽¹⁰⁵⁾.

Ma tali questioni pregiudiziali costituiscono solo un gruppo nell'ambito della più ampia categoria delle stesse pregiudiziali in senso tecnico. Gruppo che è forse il più importante, ma che certo non esaurisce tutta la nozione relativa. E, in realtà, come gli accertamenti dei fatti da cui deriva la situazione giuridica che costituisce l'oggetto del giudizio formano il più importante gruppo degli accertamenti pregiudiziali in senso logico, si può benissimo delineare il parallelismo, per cui gli accertamenti di situazioni giuridiche che potrebbero costituire autonomo oggetto del giudizio, che a loro volta si pongano come presupposti di quella situazione giuridica che, in concreto, costituisce l'oggetto del giudizio, formano il gruppo più cospicuo degli accertamenti pregiudiziali in senso tecnico.

Non si deve dimenticare però l'esistenza anche di altri accertamenti pregiudiziali in senso tecnico, secondo la definizione di questi prima data.

Si possono qui ricordare altri due gruppi che rientrano in tale categoria.

Anzitutto, devono essere ritenuti pregiudiziali, in senso tecnico, quegli accertamenti, che potrebbero costituire autonomi oggetti del giudizio, e che vertano su situazioni giuridiche le quali, pur non essendo connesse sul piano sostanziale con la situazione giuridica che in concreto costituisce l'oggetto del giudizio, si pongano in diverso modo e in varia misura, in funzione di prova, mediata o immediata, di quest'ultima; e una connessione di questo tipo può anzitutto svolgersi agendo il meccanismo delle presunzioni legali, assolute e relative, e della stessa

(105) Cfr., supra, pag. 21, nota 43, l'indicazione degli scritti di SACCOMA-BONOMO.

praesumptio hominis; ogni più completa precisazione al riguardo può naturalmente essere compiuta sulla base della teoria della prova. Si deve qui rilevare come, secondo la tesi sostenuta, si verrebbe a ricomprendere nella categoria delle pregiudiziali in senso tecnico anche la querela di falso, la quale, pur vertendo su una situazione giuridica (falsità del documento) che non è collegata sul piano sostanziale con l'altra situazione giuridica che costituisce l'oggetto del giudizio, si pone, però, da un lato, come un passaggio necessario dell'iter logico che il giudice percorre per arrivare alla decisione finale, e, dall'altro, deve essere in ogni caso decisa in un autonomo giudizio, come già precedentemente visto⁽¹⁷⁶⁾.

L'altro gruppo di questioni pregiudiziali in senso tecnico, cui si è accennato, deve essere embleato da una vastissima categoria di questioni pregiudiziali in senso meramente logico la quale, peraltro, è stata lasciata piuttosto in ombra nel corso del presente lavoro: le questioni che sorgono nell'individuazione, verifica di esistenza e di validità, e interpretazione della norma giuridica da applicare al caso concreto.

La ragione della scarsa rilevanza che si è data alle questioni pregiudiziali del genere va ricercata nella circostanza per cui queste danno normalmente luogo ad una problematica assai limitata, in relazione a quei limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, cui abbiamo soprattutto dedicato l'attenzione; e, in realtà, nessuno ha mai sostenuto che questioni del genere potessero in qualche modo rientrare nel contenuto dell'oggetto del giudizio.

Ma, sulla base di questa relativa irrilevanza, la dottrina si è portata al riguardo su posizioni forse eccessive, giacché non tratta normalmente di queste questioni, neppure in sede di determinazione del contenuto degli accertamenti pregiudiziali.

(176) Cfr., supra, pag. 274 ss.

Ora, se si accoglie quella nozione di questione pregiudiziale in senso logico cui qui si aderisce, nozione delimitabile sulla base della antecedenza logica di un accertamento compiuto dal giudice rispetto all'accertamento successivo, sembra che qualsiasi questione che attiene alla premessa maggiore del sillogismo finale debba rientrare nell'ambito della pregiudizialità così intesa non meno delle questioni concernenti la premessa minore.

Normalmente, le questioni relative alla individuazione, verifica di esistenza e della validità, e interpretazione della norma da applicare al caso concreto, non possono costituire autonomo oggetto del giudizio; sotto questo profilo, acquista un particolare interesse l'affermazione di SATTI, secondo la quale la cognizione della norma è sempre compiuta dal giudice solo *incidenter tentum*⁽¹⁷⁷⁾. Da ciò consegue che la soluzione delle questioni in esame non passa mai in giudicato, e questo va posto in relazione col fondamentale principio del nostro ordinamento, per cui ogni giudice è libero di interpretare come crede la norma, e non è legato al « precedente ».

Ma recentemente, come è noto, la nostra legislazione ha previsto casi in cui un accertamento relativo alla premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere compiuto in un autonomo giudizio; tali accertamenti sembra debbano essere considerati come pregiudiziali in senso tecnico, e anzi, ciò costituisce una conferma della necessità di ricomprendere anche gli accertamenti che riguardano la norma di legge, ma che non possano costituire autonomo oggetto del giudizio, almeno nella pregiudizialità in senso logico.

La più nota delle ipotesi in parola è quella che attiene alla costituzionalità della legge da applicare alla fattispecie concreta.

Al giudizio sulla costituzionalità della legge pare doversi attribuire il carattere dell'autonomia⁽¹⁷⁸⁾, per quanto si sia le-

(177) *Nuove riflessioni*, etc., cit., 42.

(178) Vedi, in questa sede: CARONATI, *La pregiudizialità*, etc., cit., pagina 24 ss.

vata in proposito una autorevolissima voce contraria⁽¹²⁷⁾; e, ad ogni modo, che la questione di costituzionalità sia una questione pregiudiziale in senso tecnico, costituisce la tesi centrale di una interessantissima monografia di recente pubblicata⁽¹²⁸⁾.

Ma accanto a questa più nota ipotesi, è da porsi altro e meno conosciuto caso: l'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, dispone testualmente che la Corte di Giustizia è competente a conoscere «... in via pregiudiziale...» dell'interpretazione del Trattato stesso, e a risolvere così questioni al riguardo, le quali siano sorte nel corso di un giudizio pendente davanti un organo giurisdizionale di uno degli Stati facenti parte della Comunità.

Le norme del Trattato costituiscono, come si sa, parte integrante degli ordinamenti giuridici interni dei singoli Stati contraenti⁽¹²⁹⁾; per tale ragione, l'art. 177 sopra citato prevede una ipotesi la quale, crediamo, costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento; un'ipotesi, cioè, in cui il giudice si trova vincolato ad una interpretazione della norma da applicare, la quale è dettata da un diverso organo giurisdizionale; e le particolarità del caso aumentano ancora, ove si pensi che tale organo giurisdizionale non è nazionale, almeno secondo il senso in cui questo termine è usualmente inteso⁽¹³⁰⁾.

(127) ANTONI, *Profilo processuale del controllo giurisdizionale delle leggi*, Riv. dir. pubbl., 1958, I, pag. 25.

(128) CAPUZZATO, *La pregiudizialità, etc., etc., passim*, ma specialmente pag. 1 n.; nella stessa senso, v. anche: ARALTONI, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli 1957, pag. 28.

(129) Cf. CALABRO, *La Comunità economica europea e l'Europa*, Milano 1957, pag. 40 n.

(130) Nell'ipotesi di cui nel testo, LEROUX nega che da da revocarsi un caso di questione pregiudiziale, per ammettere che il processo davanti al giudice nazionale si deve necessariamente sospendere, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia (Sulla sospensione proprio, etc., etc., pag. 182). In argomento, v.: MULLER, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee come giudice interno*, in *Riv. dir. int.*, 1958, pag. 1 n.; DUM, *Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf der Europäischen Atomgemeinschaft*, in *Arch. off. Recht*, 52 Band (1958), pag. 294 n.

PARTE SECONDA

LA PREGIUDIZIALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE PRIMA

L'oggetto degli accertamenti pregiudiziali.

19. In questa parte del presente lavoro si esaminerà specificamente il fenomeno della pregiudizialità, non più su un piano generale, ma nel suo concreto atteggiarsi nel processo amministrativo. Gioverà indicare subito quella che sarà la linea di svolgimento della trattazione, dando brevemente conto dello schema seguito.

Studiando su un piano generale i caratteri della pregiudiziale, si è venuta precedentemente delineando quella notevole ricchezza di aspetti e delicatezza di problematica che il tema offre; ora, sembra che una analisi di esso, sia pure in relazione alla disciplina positiva di un dato processo, non possa non tener conto dell'intera molteplicità di profili che si è andata disegnando.

Infatti, una limitazione del campo dell'indagine nel senso indicato non può significare che lo studioso debba prendere in considerazione solo qualche profilo sporadico dell'istituto, prescindendo da ogni sua valutazione d'insieme; al contrario, tale limitazione comporta solo che la pregiudizialità sia analizzata nel suo particolare atteggiarsi nel singolo tipo di processo preso in esame, ma essa deve sempre essere valutata in tutta la ricchezza della sua problematica.

Risulta, allora, chiaro, sulla base di questi rilievi, quali sono i profili del tema da approfondire maggiormente, rispetto al-

l'attuale stato della dottrina amministrativistica, alla cui insufficienza si è già accennato (*).

Questa dottrina ha preso in considerazione il fenomeno della pregiudizialità, limitandosi ad individuare alcune categorie di questioni pregiudiziali, le quali, tutte, presentano questo elemento caratteristico: che appartengono alla giurisdizione di un giudice diverso da quello amministrativo, o, quanto meno, vi appartenerebbero, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio. In tal modo, però, il fenomeno della pregiudizialità viene ridotto ad un complesso di ipotesi di interferenza tra giurisdizioni diverse, perdendo quella ricchezza di problematica che si è ricordata. In particolare, vengano lasciati in ombra i caratteri della pregiudizialità, intesa come un elemento della massima importanza nello svolgimento del processo, elemento da considerare, anzitutto, nell'ambito del processo considerato; se si trascurano questi aspetti del tema, non è neppure possibile cogliere il carattere essenziale della pregiudizialità stessa, ossia la sua contrapposizione all'oggetto del giudizio.

L'angusta limitazione accennata del campo di indagine non costituisce un dato solo della dottrina amministrativistica; una forte tendenza in questo senso è da registrarsi anche nella dottrina del processo penale (**), e ciò, probabilmente, ha la sua propria ragion d'essere: anzitutto, la fase del primo approfondimento dell'argomento della pregiudiziale non può non basarsi in massima parte su quelle ipotesi di questioni pregiudiziali, le quali, appartengono alla giurisdizione di un giudice diverso da quello competente per il processo considerato, o, quanto meno, vi appartenerebbero, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio; e ciò perchè sono appunto tali ipotesi, le quali, di solito, trovano una esplicita regolamentazione legislativa. Ora ciò spiega come, per quel che riguarda i tipi di processo la cui

(*) *Cfr.*, *supra*, pag. 1 *ss.*

(**) *Vedi*, soprattutto, le esatte considerazioni di FASCINI, *La pregiudizialità*, *etc.*, *cit.*, pag. 12 *ss.*

elaborazione dottrinale è ancora, in gran parte, da fare, o, quantomeno, è sempre lontana dal grado raggiunto dalla elaborazione del processo civile, la pregiudiziale sia prevalentemente considerata sotto il profilo della interferenza di giurisdizioni.

Ma accanto a questa ragione del fenomeno indicato, se ne può, forse, aggiungere un'altra: in tipi di processo, come il penale e l'amministrativo, il cui campo di applicazione è, in varia misura, relativamente più ristretto di quello del processo civile, è ovvio che il maggior numero di questioni pregiudiziali che si presentano appartiene, almeno se considerate come oggetto del giudizio, alla giurisdizione di un giudice diverso; appunto, di solito, al giudice civile; ecco dunque che vi è un motivo di ordine pratico, il quale, unitamente alla suggestione di una casistica incomparabilmente più abbondante, spinge lo studioso di tali tipi di processo ad analizzare la pregiudiziale sotto il profilo della interferenza di giurisdizioni.

L'esattezza di questo rilievo spiega perchè, nella seconda parte del presente lavoro, si cercherà di mettere in risalto tale profilo del tema, che, nella prima parte, si è lasciato assai in ombra; ed anzi, ad esso sarà dedicata una intera sezione.

Ma tale maggiore rilevanza di un profilo dell'argomento studiato non può comportare una minore rilevanza di quello che rimane sempre il nucleo centrale della problematica dell'argomento stesso; tra l'altro, solo attraverso l'analisi di questo, potrà chiarirsi il principale quesito che si pone nei confronti della pregiudiziale; e cioè, che cosa si deve intendere per « pregiudiziale », in un determinato tipo di processo. È appena il caso di accennare come solo dopo aver dato la risposta a tale quesito si possa affrontare il problema della ricostruzione della disciplina delle singole ipotesi di questioni pregiudiziali, pure di quelle che possono anche essere esaminate sotto il profilo della interferenza di giurisdizioni: tanto che non è forse azzardato dire che questa disciplina, nelle sue linee principali, non è altro che meramente consequenziale ai caratteri che si devono attribuire

all'istituto, valutato nel suo atteggiarsi nell'interno di un singolo tipo di processo.

Tra tali caratteri, quello che si deve qualificare come essenziale è dato dalla contrapposizione della pregiudiziale all'oggetto del giudizio; gioverà soffermarci brevemente sulle ragioni di questa qualifica.

Essa consegue alla circostanza che non pare possibile individuare una manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, là dove gli accertamenti del giudice, mediante i quali vengono risolte le questioni c.d. pregiudiziali, non siano disciplinati in modo differenziato rispetto alla decisione della questione che forma l'oggetto del giudizio; e questa differenziazione deve riguardare soprattutto i due profili della competenza e della cosa giudicata. Infatti, se questa differenziazione non esistesse, se, cioè, anche gli accertamenti del primo gruppo passassero in giudicato, e il giudice competente a compierli non fosse, come principio generale, quello stesso della questione c.d. principale, tanto varrebbe dire che è impossibile delineare una nozione di oggetto del giudizio in senso tecnico avente un contenuto più ristretto, rispetto all'oggetto della cognizione generica da parte del giudice; si dovrebbe in tal modo cancellare ogni distinzione tra oggetto degli accertamenti pregiudiziali e oggetto del giudizio. Questa è la ragione per cui non è pensabile il fenomeno della pregiudiziale se non in contrapposizione all'oggetto del giudizio.

E questo rilievo assume maggiore portata, ove si consideri che tale contrapposizione non costituisce affatto un dato essenziale del processo, almeno da un punto di vista teorico. Si può infatti immaginare benissimo che, in un dato processo, ogni accertamento compiuto dal giudice passi in giudicato, e che la competenza a conoscere delle singole questioni (che non potrebbero più essere considerate come meramente pregiudiziali) sia determinata in modo autonomo, e non in relazione alla questione c.d. principale; si potrebbe, in altre parole, immaginare che in un dato processo ogni contestazione tra le parti, oppure ogni

questione sollevata d'ufficio, desse luogo, automaticamente, ad un autonomo giudizio, con proprio oggetto. Solo ragioni di ordine pratico (*) consigliano il legislatore a dare al processo una regolamentazione diversa da quella adesso prospettata.

All'inizio, perciò, di ogni analisi dell'atteggiarsi del fenomeno della pregiudizialità in un dato processo, si pone anzitutto il problema della esistenza, nella disciplina del singolo processo considerata, della contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio; ossia, della possibilità di ravvisare, in tale processo, un ambito di manifestazione della pregiudizialità stessa; i limiti di tale ambito possono essere tratteggiati solo dopo aver risolto questo problema logicamente preliminare.

Per quel che riguarda i vari processi regolati nel nostro ordinamento, non parrebbe azzardato rilevare come la questione possa essere ritenuta risolta in modo affermativo, una volta per tutte, dall'art. 34 cod. proc. civ., sul cui disposto si è condotto il ragionamento nella prima parte del presente lavoro, dedicata alla pregiudiziale in generale. Tale norma, infatti, pare essere una di quelle che codificano un principio avente una portata ben più ampia di quella loro attribuibile sulla sola base della *sedes materiae*. In ogni caso, appare certo che l'art. 34 contiene una disciplina, che si trova ripetuta, o quanto meno presupposta, in altre norme che riguardano tipi di processo diversi da quello civile.

Con ciò, non si vuole dire che l'art. 34 debba avere vigore indiscriminatamente in ogni tipo di processo previsto nel nostro ordinamento; solo, pare che il principio in esso contenuto debba valere in via generale, e che la eventuale diversa disciplina relativamente ad un tipo di processo abbia carattere eccezionale.

Ad ogni modo, la questione del valore dell'art. 34 cod. proc. civ., peraltro assai importante, può essere qui tralasciata, per-

(*) Cfr. le considerazioni di MONTANARI, sulla opportunità di limitare la efficacia di cosa giudicata alla sola decisione della questione c.d. principale (La pregiudiziale, cit., pag. 124; nel senso, cfr., supra, pag. 145, 166).

ché, nel processo amministrativo, l'unica norma espressa che riguarda il fenomeno della pregiudizialità detta una disciplina, la quale chiaramente presuppone la contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio, con i caratteri ad essa precedentemente attribuiti.

Si tratta, come è noto, dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, la cui parte principale attribuisce al giudice amministrativo la competenza a conoscere, salvo alcune eccezioni, di tutte le questioni pregiudiziali le quali, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadrebbero nella competenza del giudice civile, senza che, peraltro, la relativa decisione possa acquistare forza di giudicato.

In un momento successivo, la disciplina contenuta in questo articolo sarà sottoposta a dettagliata analisi. In sede di impostazione generale della problematica della pregiudizialità nel processo amministrativo preme solo mettere in risalto come la norma in parola consacrò anche in questo tipo di processo la contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio.

Il citato art. 28, infatti, dispone una differenziazione di regolamentazione di un gruppo di questioni, da esso stesso qualificate come pregiudiziali, rispetto alla disciplina dell'oggetto del giudizio, proprio secondo il duplice profilo indicato nell'articolo 34 cod. proc. civ.: la competenza e l'efficacia di cosa giudicata.

Vero è che tale differenziazione riguarda esplicitamente solo un gruppo di questioni pregiudiziali; ma, d'altra parte, essa, manifestamente, non dipende dall'oggetto delle questioni stesse, ma proprio dal loro carattere di pregiudizialità, ossia dal rapporto in cui esse si pongano con l'oggetto del giudizio. È ovvio, perciò, che la differenziazione in parola si applica necessariamente anche a questioni aventi un oggetto diverso, purché esse nei confronti dell'oggetto del giudizio si pongano nello stesso rapporto di quelle.

Da una semplice lettura dell'art. 28 del testo unico delle

leggi sul Consiglio di Stato, risulta, *prima facie*, come anche nel processo amministrativo esista un complesso di accertamenti pregiudiziali con i caratteri delineati nella prima parte del presente lavoro.

Non solo, ma se nel processo amministrativo è possibile individuare una manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, contrapposta all'oggetto del giudizio, si può senz'altro affermare che tale fenomeno, in tale tipo di processo, presenta quei suoi lineamenti, che sono indissolubilmente legati alla contrapposizione stessa. Ciò significa che, anche per il processo amministrativo, valgono le considerazioni precedentemente svolte, a proposito del collegamento tra la pregiudiziale e l'*iter* intellettuale del giudice; della nozione di pregiudiziale costruita su un piano meramente logico; della distinzione di questa da una nozione più strettamente giuridica; della individuazione di quest'ultima, secondo quelli che sono i profili, sotto cui il fenomeno acquista rilevanza per il giurista (e che sono, anche nel processo amministrativo, la competenza e l'efficacia di cosa giudicata); la tripartizione delle forme di manifestazione di esso; i caratteri essenziali del punto, della questione e della causa pregiudiziale.

S'intende, però, che alcuni di questi profili del tema in esame sono delineabili, e sono stati in realtà tratteggiati, solo in stretta connessione con una problematica assai delicata, quale è quella che attiene alla natura e alla struttura della sentenza; per tale ragione, in tanto i risultati ottenuti nella prima parte del presente lavoro sono applicabili *sic et simpliciter* anche al processo amministrativo, in quanto tale problematica sia suscettiva di un'impostazione anche per quel che concerne quest'ultimo, negli stessi termini precedentemente indicati.

Non si può fare a meno di osservare al riguardo, anzitutto, come il problema della natura della sentenza sia una di quelle questioni le quali, malgrado la loro impostazione in termini generali, rientrano maggiormente nel dato positivo; e, in realtà, in tanto si può definire il provvedimento giurisdizionale come

atto di mero accertamento della volontà della legge, oppure come un comando con carattere di autonomia, seppure variamente collegato con un previo accertamento del genere, in quanto l'ordinamento regoli tale provvedimento in un modo piuttosto che in un altro. Partendo da questa considerazione di principio, si deve necessariamente arrivare ad assumere come, da un punto di vista meramente teorico, non sussistano, di massima, ostacoli, che impediscano di delineare la sentenza che conclude il processo di un certo tipo, con caratteri diversi di quelli della sentenza del processo di altro tipo: e ciò, in corrispondenza con una non impossibile differenziazione della disciplina positiva dell'uno o dell'altro processo.

Tutto ciò premesso, non pare, però, che nel nostro ordinamento la natura e la struttura dei provvedimenti mediante i quali viene esplicata la funzione giurisdizionale siano regolati in modo differenziato; in particolare, ciò sembra valere soprattutto per quel che riguarda le sentenze civili e le decisioni giurisdizionali amministrative: il carattere giurisdizionale, riconosciuto anche alle seconde, in modo ormai pacifico, dopo una celebre polemica, sembra acquistare, sotto questo profilo, un significato peculiare; infatti, poichè la questione della giurisdizionalità dei provvedimenti decisori del Consiglio di Stato è stata impostata sulla base della analogia di questi con le sentenze del giudice civile, la sua soluzione positiva sta anche a significare il riconoscimento di una assimilazione dei primi alle seconde, anche per quel che concerne la loro natura e struttura; e questo risultato può essere acquisito, quindi, per lo svolgimento del presente lavoro.

La valutazione come un dato positivo, della sostanziale identità della natura e della struttura dei provvedimenti decisori, mediante i quali viene in ogni caso esplicata la funzione giurisdizionale, permette allora non solo la impostazione in termini generalissimi della problematica relativa, ricordata nella prima parte del presente lavoro, ma anche assicura, da questo punto

di vista, la applicabilità al processo amministrativo di quegli aspetti del fenomeno della pregiudizialità sopra indicati.

Se, come sembra, i rilievi precedentemente svolti al riguardo si devono ritenere come integralmente applicabili al processo amministrativo, risulta ristretto, in corrispondenza, l'ambito entro cui è possibile tratteggiare una teoria della pregiudizialità in tale tipo di processo, la quale presenti dei caratteri peculiari rispetto ai lineamenti del tema disegnati nella parte generale; malgrado ciò, l'estensione di questo ambito rimane, in ogni caso, abbastanza esplicita.

Infatti, l'affermazione, secondo la quale anche nel processo amministrativo è da rinvenirsi una manifestazione del fenomeno della pregiudizialità; e che tale manifestazione trova il suo limite in corrispondenza del contenuto dell'oggetto del giudizio, se da un lato costituisce una considerazione pressochè ovvia, dall'altro essa è una soluzione del tutto insoddisfacente del problema proposto; ossia, tale rilievo è assolutamente inadatto, nella sua sinteticità, a chiarire, in concreto, che cosa venga alla pregiudizialità stessa contrapposto.

La precisazione del contenuto degli accertamenti da definirsi come pregiudiziali, almeno su un piano meramente logico, deve procedere, anche nel processo amministrativo, sulla base dello stesso schema di ragionamento seguito a proposito del processo civile: si deve, infatti, tentare di determinare, in concreto, l'oggetto di tali accertamenti, per poter definire con un minimo di precisione i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno in esame, nel tipo di processo che qui interessa; e questa determinazione può avvenire solo delineando la linea di confine reciproca tra questo ambito, e il contenuto dell'oggetto del giudizio; in altri termini, è necessario analizzare anche quest'ultima.

La necessità di questa opera di delimitazione risulta tanto più chiara, in quanto, come è noto, in dottrina la nozione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo è estrema-

mente contestarsi; in ogni caso, essa è costruita in modo da minorare della corrispondente nozione del processo civile. Queste incertezze dottrinali contribuiscono non poco ad accentuare il carattere di insoddisfazione che presenta la delimitazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, nel tipo di processo essa in parola, sulla sola base dell'affermazione della sua contrapposizione al contenuto dell'oggetto del giudizio, perchè questa affermazione costituisce, in ultima analisi, un rinvio ad una nozione dai contorni quanto mai maldefiniti. Non solo, ma i dubbi che concernono l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non possono non estendersi, come si è visto a proposito del processo civile, anche a tutti i lineamenti dell'atteggiarsi della situazione giuridica del soggetto, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale: ossia, essi riguardano anche i caratteri, e forse la stessa esistenza, di quel potere astratto di agire, che è stato individuato nel processo civile; ciò comporta, tra l'altro, la non netta distinzione tra questioni meramente processuali, e questioni pregiudiziali di merito; ed un chiara sintomo di questa confusione è dato da un indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato, che è ben noto, e che per altro sarà esaminato successivamente (*).

Queste sono le ragioni, per cui una trattazione del tema della pregiudiziale, la quale si proponga di delineare il suo atteggiarsi nel processo amministrativo, si deve porre, come primo obiettivo, quello di tratteggiare col massimo di precisione concreta, la linea di confine tra la pregiudiziale stessa e l'oggetto del giudizio, nel tipo di processo considerato.

Per raggiungere questo obiettivo è necessario, tra l'altro, valutare la ricca problematica e la abbondantissima letteratura che riguarda la nozione di oggetto del giudizio nel processo amministrativo; s'intende, che tale valutazione sarà compiuta solo dal ristretto punto di vista che interessa, in relazione al fine indicato, e che ci proponiamo di raggiungere.

(*) *Cfr. supra*, pag. 211 n.

Ciò, però, comporta che tale problematica debba essere considerata sotto un profilo che non è dei più consueti; nel corso di questo lavoro, infatti, è necessario tenere nel massimo conto quelle esigenze, di carattere strettamente processuale, che, come si è visto, sono alla base della costruzione della nozione di oggetto del giudizio nel processo civile; e tali esigenze sono forse le più trascurate della dottrina la quale, come è noto, preferisce dedicare l'attenzione al problema dei rapporti tra situazione giuridica sostanziale e giurisdizione amministrativa (*).

Ma è proprio considerando il problema che ci interessa dal punto di vista indicato, che si appalesa tutta l'utilità di quei rilievi precedentemente svolti, a proposito del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo civile. Certo, le considerazioni compiute al riguardo, non sono assolutamente suscettibili, di per sé, di una diretta applicazione al processo amministrativo, giacchè esse sono state svolte non già su un piano generale, cui pure la prima parte del presente lavoro è dedicata, ma bensì sulla base della disciplina positiva di un dato tipo di processo, e, per ciò solo, non possono avere una portata che travalichi i confini di questo. Una diversa opinione al riguardo urterebbe contro quei rilievi di carattere metodologico, che si sono esposti nella introduzione di questo lavoro, nella quale si è nettamente negato che gli schemi del diritto amministrativo possano essere mutati *sic et simpliciter* dalla teoria del processo civile; proprio in quella sede, si erano avanzate alcune considerazioni sui rapporti tra teoria del processo civile, teoria del processo amministrativo, e teoria generale del processo, considerazioni cui abbiamo cercato di mantenerci fedeli.

Ma le osservazioni precedentemente svolte sulla nozione di oggetto del giudizio nel processo civile, anche se non possono essere applicate direttamente al processo amministrativo, per-

(*) L'unica valutazione sotto profilo eminentemente processuale dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, risulta essere quella di BENVENUTI, *L'Amministrazione*, cit., pag. 18 n.

sentano una utilità, la quale, anche se è meramente indiretta, non per questo è meno importante. Infatti, la materia civilprocessualistica è stata valutata sulla base di una serie di impostazioni di problemi, le quali possono senz'altro essere assai opportunamente impiegate anche per quel che riguarda l'oggetto del processo amministrativo; e, in realtà, nell'uno e nell'altro caso è possibile rinvenire una notevole analogia di tematica e di implicazioni, come meglio si vedrà nelle pagine seguenti. Perciò, quel filo di ragionamento che si è seguito nella determinazione, in concreto, della linea di confine tra la pregiudiziale e l'oggetto del giudizio, per quel che riguarda il processo civile, sarà seguito anche nel disegnare l'analoga linea per quel che concerne il processo amministrativo.

D'altra parte, non solo costituisce elemento essenziale della pregiudiziale, la sua contrapposizione al contenuto di oggetto del giudizio, ma è anche tratto caratteristico di questo, come si è già detto, la sua coincidenza con i limiti oggettivi del giudicato: non occorre certo richiamare in questa sede le considerazioni che hanno portato a tale conclusione. La coincidenza in parola, allora, deve verificarsi necessariamente anche nel processo amministrativo.

Data questa identità di collegamenti nel processo civile, come in quello amministrativo, tra oggetto degli accertamenti pregiudiziali, oggetto del giudizio, e limiti oggettivi della cosa giudicata, le stesse ragioni che nella prima parte del presente lavoro hanno consigliato di vagliare le conclusioni cui si è pervenuti, a proposito dei limiti dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, alla luce della teoria dei limiti obbiettivi della cosa giudicata, indicano l'opportunità di una analoga analisi anche nel processo amministrativo.

È evidente che la determinazione, in concreto, dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo deve trovare puntuale rispondenza nei limiti obbiettivi della cosa giudicata. S'intende che in tanto si

potrà analizzare questa rispondenza, in quanto sia possibile rinvenire in dottrina dei dati sufficientemente sicuri su tali limiti; è però ben noto come ancora l'argomento non abbia avuto, per molti aspetti, una sistemazione definitiva, e questa insufficienza di elaborazione sarà avvertita in modo assai sensibile, perchè il tema dovrà essere valutato da un angolo visuale che non è uno dei più consueti.

Come si vede, delineare in concreto i limiti dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo comporta un ragionamento nè breve nè semplice. D'altra parte, solo seguendo l'iter indicato si potrà pervenire ad una certa specificazione del principio generalissimo, per cui la pregiudiziale termina là dove comincia l'oggetto del giudizio. Si avrà, così, una determinazione in concreto di tale principio, la quale, non meno di quella prima accennata a proposito del processo civile, vale nell'ambito di un solo tipo di processo.

L'importanza che assume la determinazione, almeno a grandi linee, dell'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali, giustifica la circostanza che ad essa sia dedicata tutta la prima sezione della seconda parte del presente lavoro. Ma, d'altra parte, tale determinazione non può evidentemente esaurire l'intero campo di considerazioni che vogliono essere specificamente rivolte all'atteggiarsi del fenomeno in esame nel processo amministrativo: vi è tutto un altro gruppo di problemi, i quali meritano di essere analizzati, e sono quelli relativi alla concreta disciplina dei singoli gruppi di questioni pregiudiziali che si possono presentare nel processo in parola; più precisamente, interessa vedere quale sia la disciplina della loro trasformazione in cause pregiudiziali. La necessità di esaminare la problematica relativa con una certa precisione di dettagli consiglia di dedicare a tale indagine una sezione autonoma.

È ovvio, che in tanto problemi del genere si possono porre, in quanto si considerino questioni pregiudiziali, le quali siano, di per sé idonee a costituire oggetto di un autonomo giudizio:

riaffiora qui una distinzione della massima importanza, già rilevata nella prima parte del presente lavoro. Non solo, ma poiché, come si è accennato, sussistono anche per il processo amministrativo, quelle stesse ragioni le quali, su un piano generale, consigliamo di delineare sulla base di questa distinzione, l'altra distinzione tra pregiudiziale in senso meramente logico, e pregiudiziale in senso giuridico, è chiaro che, nell'esame dei problemi indicati, si abbandona decisamente il campo della pregiudizialità in senso logico, per entrare in quello della pregiudizialità giuridica.

Nella esposizione della disciplina relativa, ci si baserà su una classificazione dei vari gruppi di questioni pregiudiziali che possono presentarsi nel processo amministrativo, la quale sarà tracciata in rapporto al giudice competente a conoscere delle questioni stesse, ove fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio.

Al riguardo, la distinzione più rilevante che è da farsi, è quella tra questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo, e questioni pregiudiziali le quali, invece, in tale ipotesi, ricadrebbero nella giurisdizione di un giudice diverso, civile o penale, ordinario o speciale.

La disciplina delle questioni del primo gruppo dà luogo a tutta una serie di problemi, che è interessante esaminare, per due ragioni diverse, per quanto integrantis a vicenda; anzitutto, infatti, si può rilevare come questi problemi, pur non ignoti alla dottrina, non siano mai stati studiati dal puro punto di vista della teoria della pregiudiziale; in secondo luogo, gli accertamenti pregiudiziali sulla legittimità di atti amministrativi non impugnati, sono stati assai spesso confusi con la c.d. disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi: ora sembra che i due istituti siano sostanzialmente diversi, per quanto non si possano negare notevoli interferenze reciproche. La distinzione tra accertamenti pregiudiziali e disapplicazione pare un risultato

che si possa raggiungere proprio seguendo lo schema di ragionamento indicato. Ma di ciò si dirà meglio in seguito.

D'altro canto, i problemi relativi alla disciplina del secondo gruppo di questioni pregiudiziali presentano dei motivi di interesse diversi, ma non meno sensibili. È in tale materia, infatti, che allora quel profilo di interferenza tra giurisdizioni il quale, come si è detto, ha colpito per primo gli studiosi della pregiudiziale, sia nel processo amministrativo, come nel processo penale. Sembra che la disciplina delle questioni in parola sia impenetrata, in linea di massima, ad alcuni principi generali, validi indipendentemente dal tipo di giudice nella cui giurisdizione esse ricadrebbero, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio; principi generali, che, del resto, discendono pienamente dai caratteri essenziali del fenomeno della pregiudiziale.

Questa circostanza consiglierebbe una trattazione unitaria di tutte le questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero alla giurisdizione di un giudice diverso da quello amministrativo. Ciò nonostante, un gruppo di queste questioni sarà esaminato con particolare attenzione: e cioè quello delle questioni che appartenerebbero alla giurisdizione del giudice ordinario civile. Le ragioni di questo particolare trattamento sono di molteplice ordine. Anzitutto, tali questioni sono le sole previste nell'unica norma del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, la quale disciplina espressamente il fenomeno della pregiudizialità. In secondo luogo, forse proprio per tale motivo, esse sono, tra tutte le questioni pregiudiziali che possono sorgere nel corso del processo amministrativo, le sole le quali abbiano attirato l'attenzione della dottrina. In terzo luogo, esse, statisticamente, sono le questioni che nel processo considerato si presentano con maggiore frequenza: perciò, una loro analisi appare di maggiore rilevanza pratica, rispetto a quella delle questioni degli altri gruppi. Infine, per tale maggiore frequenza, la casistica giurisprudenziale è abbastanza ricca, ed una sua valutazione costituisce il miglior

bases di prova di quella individuazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali che sarà stata precedentemente compiuta.

In genere, nello svolgimento del presente lavoro, si darà particolarmente rilievo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Anzitutto, ciò costituisce il giusto riconoscimento dell'insieme contributo che tale organo giurisdizionale ha dato alla elaborazione di istituti di diritto amministrativo, sostanziale e processuale; e questo, specie in ben determinati periodi. D'altra parte, l'importanza di questo contributo è particolarmente avvertibile in temi, come quello che ci occupa, in cui il dettato legislativo è frammentario, e comunque insufficiente; e, per di più, la elaborazione dottrinale non è stata particolarmente approfondita.

Ma, oltre a queste considerazioni, si può ancora aggiungere come pare corrisponda ad un corretto criterio metodologico, il quale, peraltro, non può essere qui adeguatamente illustrato, l'attribuzione della massima rilevanza, nello studio di un determinato fenomeno giuridico, al dato giurisprudenziale, cioè a quello che è l'insieme dei concreti regolamenti di una serie di singoli casi. S'intende, che questa attribuzione non implica una rinuncia a priori ad una valutazione critica di quegli indirizzi giurisprudenziali, i quali non possono comunque essere giustificati, nel quadro di esatte impostazioni dogmatiche.

20) Prima ancora di affrontare la parte centrale della problematica relativa all'argomento della pregiudiziale, la quale, come si è visto, si ricollega alla determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno, pare opportuno accennare brevemente qualche considerazione, a proposito del limite iniziale dell'ambito stesso.

È evidente che anche nel processo amministrativo le prime manifestazioni del fenomeno della pregiudizialità sono costituite dai c.d. punti pregiudiziali; ossia, da quella serie di affermazioni, di postulati, in fatto e in diritto, da cui muove l'iter logico del

giudice, senza che la loro esistenza sia da questi previamente vagliata; d'altra parte, non occorre certo aggiungere qui ulteriori considerazioni, a quelle precedentemente svolte (*), a proposito della necessità logica della esistenza di una serie di punti pregiudiziali, così intesi, sia nel ragionamento del giudice, come in ogni altro ragionamento.

Il meccanismo mediante il quale, in concreto, si vengono a determinare, in un processo, i punti pregiudiziali da cui muove l'iter logico del giudice, è peraltro noto: l'attore (anzi, nel processo amministrativo: il ricorrente), propone al giudice, nell'atto di ricorso, un certo paradigma di ragionamento, avanzando una serie di affermazioni, tra di loro logicamente contestate, la cui conclusione si pretende che costituisca, appunto, la soluzione della questione c.d. principale. Il resistente si difenderà, respingendo questa soluzione, ed egli potrà fare ciò, solo negando la fondatezza di una o più delle affermazioni del ricorrente.

In corrispondenza delle contestazioni del resistente, sorgono una o più questioni pregiudiziali. Non solo, ma la loro soluzione condiziona, evidentemente, anche l'accoglimento da parte del giudice di quelle affermazioni, che sono state prospettate dal ricorrente come consequenzarie, rispetto a quelle contestate dal resistente. E, d'altra parte, il resistente, contestando la fondatezza di alcune affermazioni avanzate dal ricorrente, contesta, con ciò stesso, anche la fondatezza delle affermazioni a queste consequenzarie, sino alla affermazione finale. Ciò comporta che, nel ragionamento proposto dal ricorrente al giudice, sorge una serie ininterrotta di questioni pregiudiziali, a partire dalle prime affermazioni che siano state contestate.

Costituiscono i punti pregiudiziali quelle affermazioni del ricorrente, che precedono quelle altre affermazioni di questi, che siano state contestate dal resistente; più precisamente, costi-

(*) *Civ.*, *supra*, pag. 23 ss.

tuiscono i punti pregiudiziali quelle affermazioni del ricorrente le quali si pongano come i termini delle prime (in ordine logico) questioni pregiudiziali che sorgono, in conseguenza delle contestazioni del resistente.

Data il meccanismo di formazione dei c.d. punti pregiudiziali, appare chiaramente impossibile una determinazione in via generale del loro contenuto: anzitutto, il ricorrente può proporre al giudice una infinita serie di paradigmi di ragionamento, e, d'altra parte, il resistente ha la scelta più ampia possibile, delle affermazioni da contestare. S'intende, che mentre alcuni dei punti pregiudiziali riguarderanno il c.d. fatto, altri, invece, atterranno alla individuazione e alla interpretazione della norma da applicare ad esso; ulteriori considerazioni su questo tema saranno svolte successivamente, quando si accennerà al contenuto del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo (*), ma fin da ora si può osservare come non sia possibile spingersi, al riguardo, oltre alcuni rilievi di ordine generalissimo.

Comunque, il giudice è evidentemente legato, nella determinazione dei fondamenti del proprio iter logico, a quelle che sono le contestazioni delle parti, nel senso che egli deve accettare, come punti pregiudiziali, quelle affermazioni del ricorrente che non sono contestate dal resistente; un principio del genere vale soprattutto per quel che riguarda l'accertamento dei fatti, ma, nel processo amministrativo, estende il proprio ambito di applicazione anche al c.d. diritto, come si vedrà meglio successivamente (**). Se il giudice considerasse come punto pregiudiziale un'affermazione del ricorrente, che è stata, viceversa, contestata dal resistente, ciò costituirebbe omessa decisione su un punto decisivo della controversia: si tratta di un vizio della pronuncia del giudice, che è colto dalla legge, forse in modo non troppo penetrante, solo sotto il profilo formale della insuffi-

(*) Cfr. *infra*, pag. 212 ss., 211 ss.

(**) Cfr. *infra*, pag. 242 ss., 243 ss.

ficienza della motivazione (*). Per contro, se il giudice, al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, esamina d'ufficio la esattezza di una affermazione del ricorrente non contestata dal resistente, commette una violazione del principio dispositivo, per cui le parti sono, in linea di massima, le arbitre dell'estensione da dare alla contestazione.

Nei casi, invece, in cui la legge attribuisce al giudice il potere di esaminare d'ufficio l'esattezza di una affermazione del ricorrente, la quale non sia stata contestata dal resistente, si verifica un fatto, il quale incide nel modo seguente nella determinazione del limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale: al posto di un punto pregiudiziale, il giudice fa sorgere una questione pregiudiziale, e diventano punti pregiudiziali, quelle enunciazioni, che si pongono come i termini di questa questione pregiudiziale stessa; retrocede, in corrispondenza, il limite iniziale dell'ambito indicato.

Ed è proprio su questo terreno, che è possibile avanzare qualche, sia pur vaga, considerazione generale, sulla possibilità di determinare, in concreto, il limite anzidetto; infatti, tutte le volte che la legge attribuisce al giudice il potere di esaminare d'ufficio una data questione, egli deve esercitare questo potere stesso; nè a nulla rileva, sotto questo profilo, che nella maggior parte dei casi, l'esercizio di questo potere non compaia in motivazione, ma rimanga come un momento interno dell'iter compiuto dal giudice, il quale viene esteriorizzato solo nella ipotesi in cui il dubbio sulla esattezza della affermazione non contestata del ricorrente abbia una certa consistenza.

In altre parole, tutte le volte che il ricorrente avanza una affermazione, la cui esattezza deve essere vagliata d'ufficio, essa non potrà mai costituire un punto pregiudiziale, ma, al contrario, sarà oggetto di una questione pregiudiziale, sollevata, appunto, d'ufficio, e almeno deliberata, dal giudice. Sotto questo pro-

(*) Cfr. la formulazione dell'art. 140, n. 3 cod. proc. civ.

filo, per la determinazione del limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, può essere opportuna il richiamo di quelle questioni che sono sollevabili d'ufficio dal giudice amministrativo.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato offre una ricca casistica. Il gruppo più cospicuo di ipotesi riguarda le questioni che attengono alla c.d. regolarità di costituzione del rapporto processuale⁽¹⁷⁾, e gli esempi in proposito presentano una certa varietà di casi⁽¹⁸⁾. Il fondamento di questa rilevanza di ufficio, la quale, peraltro, non costituisce un *quid proprium* del processo amministrativo, sta nella circostanza per cui, mediante la soluzione di tali questioni, il giudice accerta la sussistenza dei presupposti, cui è condizionata l'applicabilità, da parte sua, della funzione giurisdizionale di merito: è normale, infatti, che l'organo, cui è demandato l'esercizio di una data funzione, accerti, anche d'ufficio, l'esistenza di quei presupposti, cui tale esercizio è in concreto legato.

D'altra parte, le questioni in esame, sono quelle tipiche questioni che la dottrina qualifica come meramente processuali; quelle questioni, cioè, le quali, come si è visto nella prima parte

(17) Cfr. le considerazioni su tale nozione svolte dalla decisione del Cons. di Stato, V sez., 7 luglio 1951, n. 190, in *Fare conc.*, 1951, I, I, 501.

(18) Per l'affermazione di principio, v., tra le altre, Cons. di Stato, V sez., 26 settembre 1952, n. 1140, in *Fare conc.*, 1953, I, I, 59, ma ined. sul punto; per applicazioni di specie, v., tra le altre: VI sez., 23 ottobre 1950, n. 373, ivi, 1951, I, I, 79; 27 ottobre 1952, n. 858, ivi, 1953, I, I, 280; *Ad. pl.*, 27 maggio 1952, n. 9, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, I, 528 (tutte e tre hanno affermato la rilevanza d'ufficio della carenza dell'interesse a ricorrere); IV sez., 16 settembre 1950, n. 403, ivi, 1951, I, 1028, ma ined. sul punto (tale decisione ha affermato la rilevanza d'ufficio della non definitività del provvedimento impugnato). In qualche decisione meno recente, si fa decidere la rilevanza di ufficio delle questioni attinenti alla regolarità di istituzione del giudizio, da una loro qualifica di « questioni di ordine pubblico » (v., per es., IV sez., 8 febbraio 1929, n. 11, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, II, 149; nella specie, fu rilevata d'ufficio la tardività del ricorso; su tale ipotesi, v. anche IV sez., 30 aprile 1952, n. 479, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, I, 536).

del presente lavoro, non sono comprese nell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità di merito, della pregiudizialità, cioè, in senso proprio. Per tale ragione, esse dovrebbero essere tenute ben distinte dai punti pregiudiziali, e dalle questioni pregiudiziali, anche rilevabili di ufficio, secondo la comune impostazione, la quale risponde anche a esatte esigenze di carattere dogmatico.

Malgrado il contrario avviso, sostenuto da un indirizzo giurisprudenziale, crediamo che anche nel processo amministrativo sia da operare la distinzione tra questioni meramente processuali, e questioni pregiudiziali di merito, con tutte le conseguenze che tale distinzione comporta, come si è visto nella prima parte del presente lavoro⁽¹⁹⁾; per tale ragione, si deve escludere che quel gruppo prima indicato di questioni rilevabili di ufficio, possano avere il carattere di questioni pregiudiziali in senso tecnico. Solamente, si preferisce rimandare ad una fase più avanzata del presente lavoro la precisazione dei termini in cui si pone la distinzione in esame, e in tale sede si valuterà anche l'indirizzo giurisprudenziale ricordato⁽²⁰⁾.

Comunque, pur rimandando ad un momento successivo la dimostrazione dell'assunto, si può fin da adesso rilevare come le questioni pregiudiziali le quali, dovendo essere sollevate d'ufficio, fanno in ogni caso retrocedere il limite iniziale della pregiudiziale, siano solo quelle che attengono al merito del giudizio.

I casi di questioni pregiudiziali di merito, le quali debbano essere sollevate d'ufficio dal giudice amministrativo, sono assai rari.

Per quel che riguarda l'accertamento dei fatti, appare molto difficile rinvenire esempi del genere, tranne, forse, una ipotesi, la quale, peraltro, presenta caratteri particolari: l'ipo-

(19) Cfr., *supra*, pag. 131 ss.

(20) Cfr., *infra*, pag. 156 ss.

tesi, cioè, in cui nel processo amministrativo emerge un fatto, che può costituire reato; in tal caso, come è noto, l'art. 3 cod. proc. pen. dispone che venga informato il pubblico Ministero, per l'eventuale inizio dell'azione penale, alle cui risultanze anche il giudice amministrativo è legato. Le ragioni per cui questa ipotesi pare possa difficilmente rientrare nella categoria delle questioni rilevabili d'ufficio risulteranno successivamente, quando si accennerà, in particolare, alle interferenze tra processo penale e processo amministrativo.

Nella ricostruzione, in genere, della fattispecie concreta, il giudice amministrativo può, inoltre, trovarsi di fronte ad una tipica questione, la quale è rilevabile d'ufficio: la questione di nullità di un atto (art. 1421 cod. civ.). La norma civilistica che dispone in tal senso, ha certamente un ambito di applicazione generale, sotto il profilo dell'organo giurisdizionale che può e deve compiere un simile accertamento; dei dubbi, però, possono sorgere per quel che riguarda l'applicabilità di tale norma anche agli atti amministrativi: e si comprende bene l'importanza che assume questa ipotesi nel processo amministrativo. Ciò non è altro che la conseguenza delle incertezze che attualmente regnano ancora, in dottrina, intorno alle varie specie di invalidità degli atti amministrativi, e che comprendono la stessa configurabilità di un tipo di invalidità di questi, che presenti caratteri simili alla nullità dei negozi privati, nei confronti della quale la norma civilistica è stata anzitutto dettata. L'estrema delicatezza e complessità dell'argomento consiglia, evidentemente, una astensione da qualsiasi presa di posizione al riguardo in questa sede, dove solo è sufficiente aver indicato la questione, nel suo possibile nesso con la determinazione del limite iniziale del fenomeno della pregiudizialità.

Esempi tipici di questioni pregiudiziali di merito, le quali devono essere rilevate d'ufficio dal giudice amministrativo, si possono ritrovare soprattutto in quella categoria di pregiudiziali, almeno in senso logico, che attengono alla c.d. premessa

maggiore del allogismo giudiziale, ossia alla norma di legge da applicare alla fattispecie concreta.

A prima vista, potrebbe sembrare assai strano impostare il problema della rilevabilità *ex officio* di questioni, in relazione alle affermazioni che il giudice compie in punto di diritto; gli amplissimi poteri che il giudice ha, di solito, nei confronti della scelta e della interpretazione della norma da applicare, sono infatti indicati incisivamente nell'assai noto brocardo, per cui *ius novit curia*; e, se si volesse inquadrare tale principio nell'angolo visuale in esame, per la verità piuttosto inconsueto, si dovrebbe dire che, in un certo senso, qualsiasi questione relativa alla norma di legge da applicare è sollevabile d'ufficio dal giudice.

La portata del principio indicato, però, non è senza limiti: ci sono, infatti, alcuni tipi di processo, nei quali il giudice non è affatto libero nella scelta, almeno, della norma di legge da applicare: e, anzi, proprio nel processo amministrativo, il giudice può esaminare la violazione di legge dedotta dal ricorrente nel ricorso, solo sotto il profilo della norma indicata dal ricorrente stesso; e qualcosa di analogo, in un certo senso, si ha anche, nel processo civile, nel ricorso per Cassazione.

La esatta portata della limitazione al principio per cui *ius novit curia* nel processo amministrativo sarà esaminata successivamente, a proposito del contenuto del motivo di ricorso; si può però notare fin da ora, almeno in linea di massima, come tutte le volte che l'applicabilità di tale principio venga meno, diminuisca, in corrispondenza, il numero delle questioni attinenti alla norma di legge, le quali possano essere sollevate d'ufficio; da questo punto di vista, la questione in esame incide sul criterio di determinazione di massima dei c.d. punti pregiudiziali.

Salva ogni ulteriore considerazione sui limiti del potere che il giudice amministrativo ha al riguardo, è già chiaro, ad ogni modo, che la inapplicabilità, in tutta la sua portata, al processo amministrativo, del principio *ius novit curia*, non potrà mai spingersi, ovviamente, fino a negare al Consiglio di Stato il po-

tere di valutare l'esattezza della interpretazione proposta dal ricorrente, della norma di legge dedotta nel motivo di ricorso; ecco dunque, intanto, emergere tutta una serie di questioni, e precisamente quelle attinenti alla interpretazione della legge, le quali dovranno, in ogni caso, essere esaminate d'ufficio dal giudice, anche nell'ipotesi in cui il resistente non sollevi contestazioni al riguardo. Per tale ragione, la norma di legge da applicare, considerata sotto il profilo della sua interpretazione, non potrà mai costituire un punto pregiudiziale, ma, al contrario, sarà la soluzione di una o più questioni pregiudiziali: solo i termini di queste ultime potranno essere, eventualmente, dei punti pregiudiziali.

Inoltre, il Consiglio di Stato, come qualsiasi altro giudice, deve in ogni caso esaminare d'ufficio la legittimità costituzionale della norma da applicare: in questa ipotesi, anzi, ove le questioni al riguardo presentino un minimo di apparenza di fondatezza, non può risolverle il giudice stesso, come è noto, ma questi deve investire di esse la Corte Costituzionale: ecco un esempio di questione rilevabile di ufficio, che in tale ipotesi si trasforma necessariamente in causa pregiudiziale.

Infine, il Consiglio di Stato ha affermato la rilevanza d'ufficio delle questioni relative alla esistenza e alla permanenza in vigore della norma da applicare⁽¹⁴⁾; si tratta di una affermazione la quale parrebbe ovvia, e trova riscontro in una analoghi tesi sostenuta a proposito del ricorso in Cassazione⁽¹⁵⁾: questa corrispondenza dovrebbe essere indicativa, giacché è noto come in dottrina si tenti spesso di riavvicinare a tale ricorso, quanto meno dal punto di vista formale, il ricorso al Consiglio di

Stato; ad ogni modo, non sempre il giudice amministrativo ha fatto piena applicazione del criterio in esame⁽¹⁶⁾.

Come si vede, la determinazione del limite iniziale dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali dà luogo ad una serie di questioni, le cui soluzioni, peraltro, non permettono di tracciare una linea sufficientemente precisa; le ragioni di ciò si sono già indicate.

D'altro canto, ben maggiore interesse desta la determinazione del limite finale del fenomeno in esame; procedendo in tal senso, si entra veramente nella parte cruciale della problematica dell'istituto, e ad essa conviene volgere subito l'attenzione.

21) La fase iniziale di ogni tentativo di tracciare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale nel processo amministrativo (come, del resto, in ogni

(14) Si consideri, per esempio, la seguente fattispecie (detta dalla IV sez., 29 ottobre 1953, n. 909, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 891): un impiegato pubblico ricorre contro un provvedimento di licenziamento per motivi di salute, affermando la violazione dell'art. 3 del D.L. 4 aprile 1947, n. 287, che prevede un periodo massimo di assenza per malattia di sei mesi; più precisamente, il ricorrente sostiene che, essendo trascorso un primo periodo di sei mesi, durante i quali egli era rimasto assente per malattia, e non avendo la pubblica Amministrazione compiuto adempiti senza procrastinazione entro tale termine, inidoneo automaticamente il proprio dovere un secondo periodo di 6 mesi, durante i quali egli non potrebbe essere licenziato, in caso di permanenza della malattia; successivamente alla proposizione del ricorso, il ricorrente deduce in aggiunta, e quindi travolgendo, la violazione di un'altra norma di legge, ossia dell'art. 4 del regolamento di esecuzione del R.D., il quale è stato approvato con D.P.R. 19 aprile 1949, n. 246; tale articolo porta a un anno il periodo di sei mesi previsto originariamente dal R.D. citato. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter prendere in esame d'ufficio tale nuova eccezione. La fattispecie riportata è assai complessa, e sarà esaminata più in dettaglio successivamente, a proposito del contenuto del motivo di ricorso; per quel che qui interessa, comunque, si può osservare come in realtà la disposizione del regolamento di esecuzione modifichi la disposizione del D.L.; e, quindi, pare che una applicazione integrale del ricorso, affermata dallo stesso Consiglio di Stato, per cui il giudice amministrativo può in ogni caso esaminare d'ufficio la permanenza in vigore della norma da applicare al caso concreto, dovrebbe portare ad esaminare la violazione della norma di legge dedotta dal ricorrente, sotto il profilo della formulazione di questa che è in vigore al momento del giudizio.

(14) Cfr., per esempio, V sez., 4 giugno 1953, n. 344, in *Facc. amm.*, 1953, I, 2, 342.

(15) In questo senso, v. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino 1950, vol. II, pag. 341, nella nota, dove inoltre è citata, e criticata, la contraria opinione del MARINONI.

tipo di processo), è costituita dal richiamo della nozione di oggetto del giudizio nel processo considerato; più precisamente, si tratta di individuare il contenuto di tale oggetto, per poter rilevare, per contrasto, l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in senso lato.

L'oggetto del processo amministrativo costituisce, come è noto, un tema assai trattato dalla dottrina; ma l'utilizzazione della elaborazione relativa, ai fini che qui interessano, non può avvenire *de plano* per una serie di ragioni, cui si è già precedentemente accennato. Da un lato, quale sia il contenuto di questo oggetto è ancora oggi assai controverso, e anche se, come si vedrà, appare ormai possibile cominciare a trarre qualche conclusione dalle vive dispute che si sono registrate in proposito, queste conclusioni possono essere accolte solo con un margine di incertezza, per qualche verso abbastanza cospicuo.

Ma, soprattutto, tali conclusioni permettono una ricostruzione della nozione in esame, la quale è solo assai parziale, e non tiene conto della ricchezza di problematica, e, quindi, di profili, che essa comporta.

La dottrina, infatti, ha particolarmente analizzato i caratteri della situazione giuridica (sostanziale) la quale è sottoposta all'accertamento del giudice amministrativo; e, invero, la stragrande maggioranza della miriade di opinioni che sono state avanzate sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo riguarda, appunto, tale profilo della nozione in parola. È da notare, comunque, come in questi tentativi siano stati trascurati, di solito, i risultati cui è pervenuta la dottrina del processo civile, a proposito del contenuto dell'oggetto del giudizio in quel tipo di processo civile che strutturalmente è più vicino al processo amministrativo: il processo *e. d.* costitutivo. Come meglio si vedrà in seguito, assai probabilmente il contenuto dell'oggetto del giudizio in questi due tipi di processi è diverso; ma se questa diversità di contenuto impedisce una diretta utilizzazione dei risultati dell'elaborazione civilprocessualistica

nella costruzione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, essa non esclude certo una possibilità di coordinamento dei due tentativi dogmatici; pare, anzi, che dal paragone con altre nozioni, proprie di altri rami del diritto processuale, la costruzione la cui validità è rigorosamente limitata al tipo di processo che qui specificamente interessa, non possa non acquistare in prospettiva.

D'altra parte, non è difficile scorgere che l'analisi dei caratteri della situazione giuridica sostanziale accertata dal giudice amministrativo, così come è condotta dalla dottrina, è ancora insufficiente, anche per altri versi, a delineare compiutamente la nozione in esame; infatti, tale analisi è volta a tracciare l'atteggiarsi della posizione del singolo, nei confronti di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e che sia vincolato nel suo esercizio da una norma di legge, dalla quale non scaturisca per il privato nessun diritto soggettivo perfetto; una indagine del genere è, evidentemente, della massima importanza per il processualista, ma essa, peraltro, non esce ancora dal piano del diritto sostanziale. Si entra, più propriamente, nel piano del processo, quando si tenta di definire in che rapporto sta tale situazione giuridica sostanziale con l'oggetto dell'accertamento giudiziale; e a questo aspetto del problema non sempre è data quella rilevanza che pure pare indispensabile attribuirgli.

Attualmente, in dottrina, salvo alcune eccezioni, la soluzione del problema dei rapporti tra diritto (sostanziale) e processo, nel processo amministrativo, non è esposta e sostenuta *ex professo*, ma, tutt'al più solo incidentalmente, e, spesso, può essere solo ricostruita sulla base di opinioni avanzate a proposito di altri argomenti. D'altra parte, ogni tentativo di precisazione di tali rapporti, non può non tener conto di quelle esigenze, esposte nella prima parte del presente lavoro, le quali hanno dato luogo, nel processo civile, alla nascita e all'evoluzione della teoria dell'azione, nelle sue varie forme, e secondo le varie tesi.

In fine, a tutt'oggi manca, nella dottrina amministrativa, un'analisi del contenuto dell'oggetto del giudizio, la quale sia condotta in relazione a quei problemi, di mero carattere processuale, la cui soluzione dipende in larga misura, e spesso in modo esclusivo, dai contorni che si attribuiscono alla nozione in parola; questioni che si possono richiamare in modo complessivo, facendo riferimento alla necessaria unità di svolgimento del fenomeno processuale, dall'oggetto della domanda di parte, all'oggetto dell'accertamento giudiziale, ai limiti oggettivi degli effetti di tale accertamento.

Data la complessità della problematica relativa all'oggetto del giudizio, secondo i vari profili che si è cercato di tratteggiare, è evidente come una trattazione esauriente del tema possa trovar posto solo in una monografia, la quale sia a ciò solo specificamente dedicata; questa considerazione indica nettamente come siano ristretti i limiti in cui il delicatissimo argomento può essere qui valutato: e tali limiti risultano determinati da quelle che sono le esigenze di logico svolgimento del presente lavoro; ogni ulteriore rilievo, il quale non sia giustificato da tali esigenze, in linea di massima sarà tralasciato, purchè, è evidente, non sia richiesto per disegnare con una certa compostezza quei lineamenti dell'intera nozione, senza i quali riuscirebbero incomprendibili, o almeno meramente apodittiche, le considerazioni che saranno successivamente svolte.

Recenti trattazioni sull'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, le quali, oltretutto, contengono un'esposizione assai accurata dello stato della dottrina sull'argomento, con un notevolissimo corredo di indicazioni bibliografiche, rendono superflua una rassegna delle numerose opinioni sostenute dai vari autori, sui caratteri della situazione giuridica sostanziale che costituirebbe l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice amministrativo. Le divergenze che permangono attualmente tra le varie tesi sono, per qualche verso, molto profonde: si discute ancora se tale situazione giuridica sia soggettiva, oppure oggettiva;

tiva; e in tutte e due le ipotesi, le opinioni affermate presentano tutta una gamma di differenziazioni, talvolta sottili, ma non per questo meno importanti e più trascurabili. Ciò nonostante, se si esaminano i principali orientamenti che si contendono ancor oggi il campo per la soluzione del problema indicato, è possibile cogliere questo singolare fenomeno: le alternative proposte dalla dottrina, tra le quali si deve scegliere la soluzione suddetta, sono ormai abbastanza circoscritte; e malgrado che la scelta tra queste alternative comporti delle conseguenze di notevolissima portata per l'individuazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, tale scelta, per delle particolarissime ragioni, risulta presso a poco indifferente nel tracciare il limite finale della pregiudizialità.

Evidentemente, è necessario dare subito conto di questa affermazione, che potrà forse sembrare sorprendente.

Attualmente, la maggior parte delle tesi sostenute in dottrina può essere classificata in due correnti principali, prescindendo da alcune ulteriori differenziazioni, che qui possono essere tralasciate. Una di queste correnti è orientata nel senso che l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato⁽¹⁷⁾.

A tale corrente si contrappone tradizionalmente l'altra, secondo la quale l'oggetto del giudizio sarebbe viceversa costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente, interesse legittimo che avrebbe la consistenza di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale⁽¹⁸⁾.

Per rendersi conto della reale portata della contrapposizione indicata, è necessario, anzitutto, fissare i contorni di una

(17) Cfr. gli autori citati dal CASARINO, *Le situazioni giuridiche, ecc.*, cit., pag. 218, nota 40; le tesi, secondo le quali nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, è poi sviluppata in modo assai ampio dal CASARINO stesso (op. cit., pag. 209 ss.).

(18) Cfr. gli autori citati dal CASARINO, *Le situazioni giuridiche, ecc.*, cit., pag. 212, nota 3; per una ampia critica a tale tesi, v. lo stesso CASARINO, op. cit., pag. 261 ss.

nazione, i quali, al contrario, sono stati sempre assai controversi: i contorni della nozione di interesse legittimo, ovvero, la maggiore difficoltà che ha sempre ostato ad una precisazione dogmaticamente soddisfacente della teoria sostenuta dalla seconda delle correnti indicate, è appunto costituita dall'estrema delicatezza che la definizione dell'interesse legittimo presenta; e, nel corso di una evoluzione, che meriterebbe un'approfondita analisi, si è succeduta tutta una serie di definizioni della figura in parola, nel tentativo di affinarne il concetto, cogliendone i caratteri essenziali.

È noto come la classica definizione dell'interesse legittimo pongesse l'accento sulla circostanza per cui tale situazione giuridica soggettiva non è tutelata direttamente dall'ordinamento giuridico, ma, al contrario, risulta come effetto riflesso della tutela accordata direttamente a diverso interesse, pubblico o privato, soggettivizzato o no; più precisamente, l'interesse legittimo che il privato può vantare nei confronti della pubblica Amministrazione, non sarebbe altro che un interesse privato, tutelato giuridicamente come riflesso di una tutela che la legge accorderebbe in modo immediato ad un interesse pubblico.

Questa tesi pare senz'altro esatta, perchè effettivamente, almeno nella normalità dei casi, è possibile ravvisare nell'interesse legittimo che il privato ha nei confronti della pubblica Amministrazione, un fenomeno di interferenza di interesse privato e interesse pubblico, del tipo anzidetto; ma tale tesi pare insoddisfacente sotto un diverso profilo.

Essa, infatti, si limita a indicare quali sono i fini che l'ordinamento giuridico si propone di raggiungere, mediante una disciplina che tuteli la duplicità di interessi indicata; nulla dice, invece, almeno con sufficiente precisione, sul mezzo tecnico mediante il quale è possibile ottenere l'effetto di tutelare con una sola norma due interessi diversi, sia pure l'uno in modo diretto, e l'altro in modo solo occasionale; e finchè il chiarimento del modo di operare di questo meccanismo non è compiuto, appa-

iono perfettamente comprensibili i rilievi critici avanzati contro la costruzione tradizionale (*).

La precisazione dello strumento tecnico, la cui esigenza è così vivamente sentita, pare costituire il risultato che è stato ottenuto con una definizione della nozione di interesse legittimo, la quale è già stata riportata precedentemente, ma che è opportuno ricordare qui di nuovo, per la grande importanza che essa assume, nel quadro delle considerazioni adesso svolte. Secondo tale definizione, l'interesse legittimo sarebbe una situazione giuridica soggettiva sostanziale, che «... non è altrimenti salvaguardata che dall'osservanza delle modalità e dei presupposti per l'esercizio del potere, ovvero dall'essere determinate le condizioni perchè si possa acquistare un diritto o un potere giuridico, ovvero dall'adempimento dell'obbligo stabilito a favore di altri soggetti» (**).

Con questa definizione, i caratteri dell'interesse legittimo vengono precisati negli stessi termini con cui vengono di solito delineate le altre situazioni giuridiche soggettive; in tal modo, è possibile operare la classificazione della nozione in esame, nella categoria di tali situazioni, precisando quei rapporti tra le singole figure che, del resto, sono già adombrati nella definizione riportata.

D'altra parte, questo risultato pare particolarmente utile, per il riconoscimento di un ambito di applicazione della nozione di interesse legittimo, anche al di fuori di quel diritto amministrativo, in cui essa ha trovato la sua prima elaborazione.

Ma è opportuno tralasciare qui ogni considerazione di ordine generale sulla portata della tesi cui si aderisce, e sulle numerosissime applicazioni che, come è noto, già la dottrina e la

(*) Cf., soprattutto: CASERTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 404; e, precedentemente, GUZZARINI, *Concetti tradizionali e principi ricostruiti nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1951, 51.

(**) MASSA, *Principi*, cit., pag. 32.

giurisprudenza hanno compiuto; in questa sede, ci si può limitare, infatti, a chiarire quali sono le conseguenze che dalla definizione sopra riportata di interesse legittimo, è possibile trarre per la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, e per l'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali.

Sulla base dell'opinione del MIELE, sembra possibile distinguere vari gruppi di interessi legittimi, che si differenziano tra di loro per i diversi meccanismi attraverso cui opera la loro tutela, e che sono appunto indicati nella definizione dell'illustre autore. È opportuno, però, soffermare l'attenzione su uno solo di questi gruppi, e precisamente su quello in cui vanno classificati quegli interessi legittimi, i quali risultano da un vincolo apposto all'esercizio di un potere altrui: è noto, infatti, come l'interesse legittimo che il privato può vantare nei confronti della pubblica Amministrazione sia comunemente configurato come quella situazione giuridica soggettiva che scaturisce da una limitazione che la legge pone all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione stessa.

D'altra parte, uno degli aspetti più sicuri della controversa nozione di potere giuridico, si ricollega alla circostanza per cui l'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva è compiuto mediante l'emanazione di un atto giuridico; ora, l'osservanza delle norme che vincolano l'esercizio di un potere, se da un lato garantiscono la tutela dell'interesse legittimo che da questa risulta, dall'altro essa condiziona la legittimità dell'atto che viene posto in essere mediante tale esercizio. Per tali ragioni, ogni violazione delle norme indicate produce un duplice effetto: sotto un profilo soggettivo, si ha violazione di una situazione giuridica soggettiva, quale l'interesse legittimo; sotto un profilo oggettivo, si ha l'illegittimità, e, conseguentemente, l'invalidità dell'atto posto in essere senza il rispetto dei vincoli relativi all'esercizio del potere. È appena il caso di osservare quanto siano strettamente connessi questi due effetti, tra l'altro anche perchè solo

mediante l'annullamento dell'atto illegittimo è possibile ottenere una restaurazione della situazione giuridica soggettiva violata.

Violazione dell'interesse legittimo e illegittimità dell'atto costituiscono, in definitiva, effetti paralleli di un'unica causa: l'emanazione dell'atto senza l'osservanza dei limiti posti all'esercizio del potere di cui l'atto stesso costituisce l'estrinsecazione; e questo parallelismo può essere colto anche sulla base della considerazione, per cui sia l'una che l'altra conseguenza indicata non possono porsi reciprocamente in un rapporto, comunque orientato, di causa-effetto, ma, al contrario, solo in un rapporto di indissolubile coesistenza: in tanto l'atto è illegittimo, in quanto viola un interesse legittimo, e, d'altra parte, in tanto l'interesse legittimo è violato, in quanto l'atto è illegittimo.

Ove si consideri che è possibile delineare nel modo indicato la connessione tra violazione dell'interesse legittimo e illegittimità dell'atto, solo come corollario della definizione prima riportata di interesse legittimo, si deve attribuire a tale definizione un ulteriore merito: quello di poter spiegare in modo dogmaticamente soddisfacente le ragioni per cui la violazione di un interesse legittimo si accompagna sempre all'illegittimità dell'atto; fenomeno, questo, che pur essendo ben noto alla dottrina tradizionale, non era da essa sufficientemente chiaribile, sulla sola base della definizione di interesse legittimo tracciata in relazione all'interferenza di due interessi, e al ricorso sull'uno della tutela accordata direttamente all'altro.

Sulla scelta delle considerazioni che precedono, è facile, allora, individuare la portata del contrasto tra l'orientamento, secondo il quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, e l'altro orientamento, secondo il quale tale oggetto sarebbe, invece, costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo: tale contrasto è, in definitiva, riconducibile nell'alternativa compresa nell'uno o nell'altro degli effetti giuridici che conseguono ad un'unica causa; per tale ragione, la scelta

tra l'una e l'altra tesi comporta, sì, conseguenze di notevole importanza portata per l'individuazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, e per la soluzione dei problemi, che a tale individuazione sono immediatamente connessi; ma, d'altra parte, essa risulta irrilevante per la determinazione dell'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali (in senso logico), in quanto questi concernono sempre la causa della situazione giuridica che costituisce l'oggetto del giudizio.

Esprimendo lo stesso concetto sotto un diverso profilo, si deve anzitutto ricordare come la serie degli accertamenti meramente pregiudiziali termini con l'individuazione della premessa minore (ricostruzione della fattispecie concreta), e con l'individuazione della premessa maggiore (individuazione e interpretazione della norma di legge da applicare alla prima) del sillogismo del giudice; ora, sia secondo l'una, come secondo l'altra delle teorie indicate, ambedue le premesse del sillogismo giudiziale hanno lo stesso contenuto: la premessa minore è sempre costituita dal comportamento della pubblica Amministrazione che si è estrinsecato nell'emanazione dell'atto impugnato, e la premessa maggiore è sempre costituita dalla norma di legge, che pone un vincolo all'esercizio di quel potere, mediante il quale l'atto è stato emanato, norma alla cui stregua la legittimità del comportamento dell'Amministrazione deve essere valutata.

Non solo: il limite finale della pregiudiziale non può essere spostato, neppure se si accolgano teorie diverse da quelle due fino ad ora esaminate; e questo, purché si osservi una sola condizione: e cioè, che quella situazione giuridica, la quale, comunque, è delineata come oggetto del giudizio, costituisca un effetto della violazione da parte dell'Amministrazione, di un vincolo posto dalla legge all'esercizio di un potere ad essa attribuito: sia questo effetto la violazione di una situazione giuridica soggettiva del privato, la quale, però, abbia caratteri diversi da quelli dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica sostanziale;

ziale; oppure la violazione di un interesse di altro soggetto, o, addirittura, non soggettivizzato.

Per tali ragioni, sembra che non si spostano le basi, sulle quali operare la determinazione del limite finale della pregiudiziale, anche se si accoglie la tesi, secondo la quale la giurisdizione amministrativa sarebbe una giurisdizione il cui oggetto è costituito dalla violazione di un interesse che non può essere riferito ad un singolo soggetto, ma che, invece, si identificerebbe con quello dell'intero ordinamento giuridico⁽¹²⁾; oppure se si accoglie l'altra tesi, secondo la quale tale interesse potrebbe, sì, essere riferito ad un soggetto, ma questi non sarebbe altro che la stessa pubblica Amministrazione⁽¹³⁾; e, infine, sembra che il discorso non debba mutare troppo, neppure se si accoglie una di quelle opinioni, le quali combinano variamente elementi comuni alle varie posizioni fin qui accennate, o ad altre di cui si dirà immediatamente⁽¹⁴⁾.

La determinazione dell'ambito finale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità non pare debba essere spostata, per le ragioni prima indicate, neppure se si aderisce ad un orientamento, il quale presenta notevoli punti di contatto con quello, secondo il quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente; anche secondo questa tendenza, il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad accertare l'effettiva sussistenza della violazione di un interesse del ricor-

(12) È la nota tesi, secondo la quale la giurisdizione amministrativa dovrebbe essere delineata come una giurisdizione di puro diritto obbiettivo; cfr. l'ampia bibliografia citata dalla Zanone, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milano 1958, vol. II, pag. 44, 45 e nota 21; III e nota 5.

(13) È questa la nota tesi del Giannone; vedila, nella sua formulazione più recente, nella 3ª ed. (Padova, 1956), della *Giustizia amministrativa*, passim, ma specialmente, pag. 7 ss., 19 ss., 23 ss.

(14) Cfr. per esempio: PICCANTO, *La distinzione tra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma 1932, vol. II, pag. 255 ss.; CASARANI, *Appunti in tema di interessi legittimi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1947, 3º quad., pag. 225 ss.

rente, ma tale interesse non avrebbe una rilevanza sostanziale, come la si dovrebbe attribuire all'interesse legittimo, in base alla nozione tradizionale di esso prima accennata; al contrario, questo interesse del privato avrebbe un carattere meramente formale, e concernerebbe, cioè, solo la legittimità del comportamento della pubblica Amministrazione⁽¹⁷⁾; è da rilevare come secondo alcuni sostenitori di questa impostazione, la nozione di interesse legittimo, che il privato vanterebbe nei confronti dell'Amministrazione, dovrebbe coincidere, appunto, con quella di tale interesse meramente strumentale⁽¹⁸⁾, il quale, inoltre, come è stato talvolta affermato, troverebbe il suo presupposto in un diritto soggettivo perfetto⁽¹⁹⁾; secondo altri, invece, l'interesse legittimo sarebbe un interesse di puro fatto, il quale, però, assumerebbe giuridica rilevanza per la sua lesione da parte di un atto amministrativo illegittimo: il cittadino, per ottenere la tutela di questo interesse di fatto avrebbe e ... pure, necessariamente, un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo»⁽²⁰⁾.

Non è il caso di valutare in questa sede l'esattezza di questa accentuazione dell'aspetto formale dell'atteggiarsi della situazione giuridica del cittadino nei confronti di un comportamento della pubblica Amministrazione; accentuazione, la quale, peral-

(17) Per l'esposizione di questo gruppo di tesi, con valutazioni critiche e con ampie citazioni di letteratura, v.: CASSANO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pag. 211 ss., e nelle note.

(18) In questo senso, v.: GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1919, I, 213, nota 23; ALAIMI, *Le crisi attuali della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 323; CANNARA-BARBERA, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1933, 318; e *La tutela giuridica del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1956, pag. 24. Per una critica alle argomentazioni di GUARINO, v.: CASERTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1932, pag. 431, 432.

(19) Così: CANNARA-BARBERA, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1933, pag. 314 ss.

(20) CASERTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1932, pag. 432 ss.

tro, ricorda una teoria sostenuta in tempi ormai non più recenti, e sulla base di un diverso inquadramento del problema della natura della giurisdizione amministrativa⁽²¹⁾.

Qui preme solo rilevare come, in definitiva, l'accoglimento di una tesi sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, il quale avvenga mediante una scelta operata tra quasi tutte le principali teorie sostenute sul tema, non incida troppo sulla determinazione del limite finale della pregiudiziale.

L'unica tesi di notevole rilevanza su tale tema, il cui accoglimento comporterebbe necessariamente uno spostamento del limite anzidetto, è quella secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dal potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato⁽²²⁾; tesi la quale, come è noto, è stata recentemente sostenuta anche da ALLONIO⁽²³⁾.

Le ragioni per cui l'accoglimento dell'opinione indicata inciderebbe sulla delimitazione della pregiudiziale, sono presto dette. L'illegittimità dell'atto impugnato si dovrebbe porre, infatti, come il fatto costitutivo o, quantomeno, come la condizione di esercizio⁽²⁴⁾, del potere di provocare l'annullamento

(21) Si allude qui alle tesi del Mezzato, il quale, considerando anche la giurisdizione amministrativa come una giurisdizione su diritti soggettivi, individuava l'oggetto di esse nel diritto soggettivo del privato alla legittimità dell'attività amministrativa (*Commentario*, cit., cit., vol. I, pag. 442 ss.). La tesi secondo la quale il cittadino avrebbe un diritto soggettivo perfetto alla legittimità degli atti amministrativi è stata abbandonata, come è noto, dalla dottrina post-bellica (Cfr. per tutti: SAVOY-BEYSSAC, *Curso de direito administrativo*, cit., pag. 113; tra i primi scritti nello stesso senso, v.: BEYSSAC, *Nota critica sulla nozione di « diritto alla legittimità degli atti della pubblica Amministrazione »*, in *Studi giuridici in onore di Simonelli*, Napoli 1917, pag. 147 ss.).

(22) Cfr. gli amari risulti di CASSANO, *Le situazioni giuridiche*, cit., cit., pag. 211, nota 23; e, nei rilievi critici.

(23) Cfr. una vivace affermazione di questa tesi in *L'ordinamento giuridico*, cit., cit., pag. 113, 131.

(24) La distinzione di cui nel testo si riallaccia evidentemente a quella nozione di potere giuridico che si è accolta nel presente lavoro, e alla sua differenziazione rispetto all'altra nozione della stessa situazione giuridica soggettiva, che è sostenuta più comunemente nella dottrina: cfr. *supra*, pag. 18 ss.

dell'atto stesso; in questo caso, la soluzione della questione che costituirebbe l'oggetto del giudizio, ossia la questione relativa all'esistenza del potere predetto, dipenderebbe dalla soluzione della questione della legittimità dell'atto impugnato; in altri termini, la seconda sarebbe pregiudiziale alla prima. Ora, questa conclusione urta evidentemente contro la teoria, secondo la quale la stessa questione di legittimità dovrebbe costituire l'oggetto del giudizio; e urta ugualmente anche contro la teoria, secondo la quale l'oggetto del giudizio sarebbe dato dalla questione di violazione dell'interesse legittimo, perchè, come si è rilevato precedentemente, l'illegittimità dell'atto non è « causa » di tale violazione, e il suo accertamento non è quindi pregiudiziale all'accertamento di questa.

Le conseguenze che devono necessariamente derivare dall'accoglimento della teoria in parola, per il tema che qui specificamente interessa, rendono evidentemente necessaria una sua valutazione; questa valutazione, però, sembra poter essere compiuta solo alla luce di una serie di considerazioni, che saranno svolte nel paragrafo seguente: per tale ragione, è opportuno rimandare ad allora ogni ulteriore rilievo in argomento.

22. Malgrado che la maggior parte della dottrina, relativa all'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, pur attraverso le vive dispute che ancora l'agitano, possa offrire dei dati relativamente sicuri per tracciare l'ambito di manifestazione della pregiudizialità, non pare possibile tralasciare completamente ogni approfondimento del tema indicato; e ciò, per vari motivi. Anzitutto, delineando in modo meno vago questa nozione, la stessa determinazione dell'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali dovrebbe acquistare una maggiore prospettiva. In secondo luogo, solo procedendo nella direzione indicata, è possibile rafforzare ulteriormente quelle basi già considerate, sulle quali è possibile tentare di delineare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità: e ciò, non

solo perchè, raggiungendo qualche conclusione sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, si potrà accogliere con maggiore sicurezza una delle teorie sopra prospettate; ma anche, e soprattutto, perchè si potrà valutare criticamente quella tesi prima indicata, il cui accoglimento sposterebbe inevitabilmente quel limite che ci proponiamo di tracciare: si potrà così sciogliere una grossa riserva, che altrimenti inciderebbe sulla validità del presente lavoro. Infine, solo mediante una più precisa individuazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, sarà possibile contrapporre alle questioni pregiudiziali di merito, le questioni c.d. meramente processuali, delineando in dettaglio la distinzione tra queste due categorie, e risolvendo così un problema, il cui esame è stato precedentemente rimandato.

In una valutazione della ricchissima letteratura relativa all'argomento dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non può non stupire la relativamente scarsa considerazione in cui sono stati tenuti, al riguardo, i caratteri propri di quel tipo di processo, nel quale il processo amministrativo rientra, in relazione alla tripartizione di categorie, peraltro ben nota ai processualisti.

Malgrado questa scarsa considerazione, sembra, invece, che il contenuto dell'oggetto del giudizio in un dato processo, debba risentire fortemente del tipo di processo, nel quale quello considerato rientra; e, per tale ragione, pare assai opportuno rivalutare tutta la problematica relativa all'oggetto del processo nel giudizio amministrativo, sotto il profilo indicato.

È comune nozione istituzionale che il processo davanti al Consiglio di Stato, come giurisdizione generale di legittimità⁽¹⁾,

(1) Si precisa esplicitamente, quindi, da quelle ipotesi, non rare nel campo della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, nelle quali il ricorso non si traduce nella impugnazione di un atto amministrativo.

Cfr.: ANTONI, *Le sentenze deliberative nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano 1953, pag. 123 ss.

in quanto tende all'annullamento dell'atto impugnato, ha carattere costitutivo.

È ovvio che la qualificazione del processo amministrativo come un processo di tipo costitutivo, non significa che esso debba, necessariamente, concludersi con una sentenza costitutiva: anche a tacere di una particolarissima ipotesi, la cui penultima è peraltro controversa in dottrina⁽¹⁷⁾, è comunque evidente che tutte le volte in cui il Consiglio di Stato respinge nel merito il ricorso, la decisione relativa ha il carattere di mero accertamento⁽¹⁸⁾.

Considerando, perciò, il processo amministrativo in sede di legittimità, come un processo costitutivo, in quanto, in caso di accoglimento del ricorso, esso si conclude con una pronuncia costitutiva, quale è quella di annullamento dell'atto impugnato,

(17) Nel testo si allude alla ipotesi in cui la pubblica Amministrazione annulli d'ufficio l'atto impugnato, nelle mani del giudice, e lo sostituisca con un altro atto, peraltro identico al primo, e quindi indichi dagli stessi vizi; è noto come, in questa ipotesi, il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione di lesione della materia del contendere, sollevata dall'Avvocatura dello Stato (v. VI sez., 17 ottobre 1950, n. 351, in *Foro amm.*, 1951, I, 3, 30) ed ha senza'altro dichiarato la illegittimità dell'atto annullato d'ufficio; in dottrina, è stata molto autorevolmente prospettata il dubbio della condizionalità, in questo caso, di una sentenza costitutiva, giacché l'effetto tipico di questa, e cioè la soppressione dell'atto impugnato, non poteva più prodursi; per tali ragioni, è stata avanzata, sia pure con una certa cautela, l'ipotesi che nella fattispecie in esame il Consiglio di Stato possa solo emettere una pronuncia meramente dichiarativa; quella pronuncia che, come si vedrà più avanti, deve comunque riversarsi nella sentenza costitutiva, almeno secondo l'orientamento attualmente dominante (nel senso che, nel caso indicato, la pronuncia del Consiglio di Stato può avere solo carattere meramente dichiarativo: GUZZONATI, *Sostanze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1952, III, III; per rilievi critici contro questa tesi v.: ATASSI, *Le sentenze dichiarative*, etc., cit., pag. 18 ss.; v. anche, sul tema, l'esempio studio di CASERTA, il quale giunge alla conclusione negativa dell'ammissibilità di pronunce meramente dichiarative del Consiglio di Stato (*Osservazioni sulla ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, pagina 146 ss.).

(18) È evidente che, sotto il profilo considerato nel testo, non assume la minima rilevanza la eventuale presenza accessoria di condanna al pagamento delle spese processuali.

nel tracciare i lineamenti di esso, e del suo oggetto del giudizio, non si possono non riflettere tutti i dubbi e le incertezze che ancor oggi permangono, riguardo i contorni del processo costitutivo, e del suo oggetto del giudizio.

Il tema, come solito, ha trovato le sue più complete analisi nella dottrina del processo civile: si tratta di elaborazioni di cui anche lo studioso del processo amministrativo deve tenere adeguato conto, per quanto, come meglio si vedrà successivamente, sembra che le conclusioni cui si deve arrivare nel nostro campo siano, almeno parzialmente, assai diverse dalle corrispondenti conclusioni cui è pervenuta la dottrina dominante riguardo al processo civile.

Ad ogni modo, la problematica relativa al tema indicato, incide sull'argomento che qui interessa con una profondità assai maggiore di quella che non appaia a prima vista. Infatti, come si è accennato nella prima parte del presente lavoro, la decisione con la quale il giudice risolve la questione che costituisce l'oggetto del giudizio, si traduce in un atto di mero accertamento, sull'esistenza di quei presupposti, che determinano il contenuto di un altro elemento nella sentenza: l'elemento che non ha più il carattere di mero accertamento. Per tali ragioni, non pare dubbio che la decisione relativa all'oggetto del giudizio, si muove solo su un piano logico, ed è appunto su questo piano che essa si contrappone agli accertamenti meramente pregiudiziali. Muovendo da queste considerazioni, prima ancora di esaminare quale possa essere il contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, non pare un fuor d'opera analizzare brevemente in che senso si può parlare di un accertamento relativo, in una sentenza la quale, per definizione, ha carattere costitutivo.

In tal modo, si entra senza'altro nel vivo della problematica concernente i caratteri essenziali del processo costitutivo: la dottrina, infatti, fin dai suoi primi tentativi di individuare tali caratteri, ha incontrato non lievi difficoltà, propria nel concie-

liare nel tipo di processo in esame, il momento dell'accertamento, con l'effetto costitutivo proprio di esso.

La questione è stata impostata partendo da un angolo visuale particolare, strettamente collegato con l'orientamento dominante in dottrina, all'epoca in cui il problema è stato sentito per la prima volta, per quel che riguarda l'esistenza e il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale.

Infatti, come si è già visto nella prima parte del presente lavoro⁽¹⁾, in un periodo di tempo che può essere indicato, grosso modo, facendo riferimento alla fine del secolo scorso, e agli inizi di questo, la concezione assolutamente dominante sull'ultimo tema indicato era nel senso di ravvisare nel provvedimento giurisdizionale un atto di mero accertamento, mediante il quale si specificherebbe la volontà della norma astratta, in relazione alla singola fattispecie concreta portata all'esame del giudice; è evidente come, partendo da una simile premessa, dovesse riuscire tutt'altro che agevole la sistemazione dogmatica di un tipo di processo, il quale, fin nella sua stessa denominazione, si pone con caratteri antitetici a quelli del mero accertamento, e alla cui sentenza si ricollegano, per definizione, autonomi effetti giuridici.

Il problema si pose in modo urgente, quando la dottrina individuò nella disciplina positiva alcune ipotesi di sentenze, nei confronti delle quali si doveva necessariamente rinvenire il collegamento indicato; e queste ipotesi sono quelle, tradizionali, che esistono anche oggi; in particolare, ed è il caso che qui interessa in modo specifico, la sentenza di annullamento di un atto invalido.

Da quando la dottrina prese coscienza del problema, fiorì su di esse una letteratura che, specie nei primi tempi, fu imponente⁽²⁾; si iniziò, così, una lunga serie di tentativi, volti

⁽¹⁾ Cfr., supra, pag. 24 ss.

⁽²⁾ Cfr. le ampie citazioni in Basso (Astr.), *Le sentenze civili*, cit., pagina 116, nota 24.

a delineare i caratteri del nuovo tipo di processo, tenendo conto, da un lato, delle sue particolarità, ma, d'altra parte, procedendo estremamente cauti per le conseguenze che essi stessi potevano presentare sotto il profilo generale della natura della funzione giurisdizionale, e della struttura dell'atto mediante la quale essa viene esplicata.

Volendo rintracciare le fasi fondamentali della complessa evoluzione dottrinale, sembra che si debba attribuire allo HELLWIG il merito della prima costruzione completa del processo costitutivo, come un tipo autonomo di processo⁽³⁾, sia pure sulla base di notevoli spunti in tal senso della dottrina precedente. Secondo tale autore, la sentenza costitutiva presenterebbe questa caratteristica peculiare: che essa non consisterebbe in un mero accertamento della situazione giuridica preesistente, ma, al contrario, si porrebbe come un atto giuridico, da cui scaturirebbero effetti autonomi e specifici, in relazione alle singole ipotesi di processo costitutivo⁽⁴⁾.

Questa tesi coglieva senz'altro in modo assai netto la particolarità del processo in esame, ma, d'altra parte, nello sforzo di dare a questa la massima rilevanza, non teneva affatto conto dell'orientamento generale, secondo il quale la funzione giurisdizionale costituirebbe una funzione di mero accertamento di situazioni giuridiche preesistenti all'intervento del giudice; è evidente, infatti, che con la tesi dello HELLWIG, una concezione del genere diveniva del tutto inaccettabile. Per tale ragione, si comprende perfettamente come questa tesi provocasse la vivace reazione dei sostenitori dell'orientamento allora assolutamente dominante, per quel che riguarda il problema di più vasta portata.

D'altra parte, questa reazione doveva muoversi da basi necessariamente limitate, in quanto essa non poteva spingersi fino

⁽³⁾ Cfr., soprattutto: *Anspruch und Klagerecht*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess*, V Band, Jena 1900, pag. 440 ss.

⁽⁴⁾ *Anspruch und Klagerecht*, cit., specie pag. 445.

a negare l'esistenza di quel dato positivo, prima indicato, dal quale è nata tutta la problematica relativa al processo costitutivo.

La sistemazione dogmatica di questo tipo processo, è stata trovata per lungo tempo, sulla base di una tendenza, la quale ha tentato di conciliare le due esigenze contraddittorie precedentemente esposte, nel modo che segue. Da un lato, si è mantenuto fermo il principio per cui tutte le sentenze, e, perciò, anche quelle c.d. costitutive, consisterebbero in un atto di mero accertamento di una determinata situazione giuridica, preesistente all'intervento del giudice; d'altro canto, le sentenze c.d. costitutive, sarebbero delle sentenze, consistenti in un accertamento, al quale la legge, direttamente, ricollegerebbe determinati effetti di modificazione della situazione giuridica preesistente⁽¹⁷⁾; in altri termini, la sentenza di tipo costitutivo si porrebbe, nei confronti dei suoi effetti tipici, non come un atto giuridico, ma come un mero fatto giuridico⁽¹⁸⁾ (19). Diciamo subito che il collegamento tra sentenza costitutiva, ed effetti che ne conseguono, non è sempre individuato allo stesso modo dai vari autori⁽²⁰⁾; ma si tratta di differenze che verranno esposte nel paragrafo seguente, e che, comunque, non presentano una

(17) In Italia, uno dei più vivaci assertori del carattere di mero accertamento anche delle sentenze c.d. costitutive fu senz'altro il Rocca (Azz.) (La sentenza civile, cit., pag. 144 ss.); ma anche in Cassazione può rintracciarsi una analogia affermazione, che però deve essere letta in senso diverso, come si dirà successivamente (v. Principi, cit., pag. 182).

(18) In questo senso, v., particolarmente acuto: Cassazione, Principi, cit., pag. 182, 183.

(19) La distinzione tra gli effetti prodotti dalla sentenza come atto giuridico, e effetti prodotti dalla sentenza come fatto giuridico, trova, come è noto, in CALAMANDREI la sua più limpida e dettagliata esposizione (Appunti sulla sentenza come fatto giuridico, ripubblicata in: Studi sul processo civile, vol. III, Padova 1951, pag. 111 ss.); tale autore, peraltro, afferma che la sentenza costitutiva opera come atto, e non come fatto giuridico (op. cit., pag. 110); per una più precisa indicazione della teoria del CALAMANDREI sulla struttura della sentenza costitutiva, v. infra, nel testo.

(20) Non diversa, per esempio, è la posizione del CASARETO, da quella di Rocca; su tale differenza, v. infra, nel testo, e nelle note 25, 26.

grande rilevanza se si esamina il tema dall'angolo visuale che qui interessa, pur essendo esse assai importanti, in sede di completa ricostruzione dell'istituto.

Comunque, se si afferma che la struttura della sentenza costitutiva non differisce in nulla dalla struttura delle sentenze degli altri tipi, è ragionevole porsi il dubbio se è ancora possibile parlare del processo costitutivo, e della sentenza che lo conclude, come un tipo autonomo di processo e di sentenza; il problema, pur non essendo certo ignoto alla dottrina anteriore⁽²¹⁾, è stato posto nettamente, infine, dal CALAMANDREI, il quale lo ha risolto

(21) La disputa sulla soluzione del problema di cui nel testo è rimasto ancora assai a lungo, e, invece, si è seguita solo quando i termini del problema stesso sono stati radicalmente mutati, in seguito alla evoluzione teorica sulla struttura della sentenza costitutiva; questo fenomeno si spiega, sulla base del rilievo per cui non era facile trovare una differenziazione per tutti accettabile, della sentenza costitutiva nei confronti delle sentenze di altro tipo, se si attribuiva ad essa l'esclusivo carattere di mero accertamento. Comunque, ancora nel 1911, CALAMANDREI dichiarava di non prendere posizione e... nel dibattito ancor vivo sulla esistenza di una categoria di sentenze costitutive... e (Limiti tra giurisdizione e amministrazione, cit., ripubblicata in: Studi sul processo civile, vol. I, Padova 1939, pag. 247). Per quel che riguarda la posizione assunta sul problema in esame dai vari autori, si può ricordare, anzitutto, la posizione decisamente negativa nei confronti della sentenza costitutiva come tipo autonomo di provvedimento giurisdizionale, la quale è stata sostenuta dal Rocca (Azz.). La sentenza civile, cit., pag. 144 ss. Merito decisivo è l'atteggiamento del CASARETO, il quale, per un verso, afferma che « Anche la sentenza costitutiva atua mediante l'accertamento una preesistente volontà di legge (la volontà che si produce un mutamento giuridico); è quindi identica in ciò alle altre sentenze (di condanna e di accertamento); e non ha nulla di eccezionale » (Principi, cit., pag. 182); ma, d'altro canto, lo stesso autore tratta delle sentenze costitutive come di una autonoma categoria di sentenze (op. cit., pag. 183 ss.).

Oggi il problema ha per sé molta della sua acuità; anzitutto, come si è già notato, la dottrina (v. nel testo), ha assunto un orientamento riguardo alla struttura della sentenza costitutiva, il quale non può non portare, in modo crescente e conseguenziale, ad una netta differenziazione della sentenza di tale tipo dalle sentenze degli altri due tipi. In secondo luogo, il codice civile attualmente vigente prevede espressamente la categoria delle sentenze costitutive, di cui, anzi, precisa gli effetti (art. 298), e l'interprete difficilmente può prescindere da un vero chiaro dettato legislativo.

Da notare, infine, come le difficoltà attraverso le quali si è precisata la categoria delle sentenze costitutive con un carattere di autonomia, non sia stato affatto un fenomeno limitato all'ambito della dottrina italiana, ma, al contrario, non sia stato comune anche alla dottrina di altri paesi. Per quel che riguarda la Germania, per

latamente risolto in senso negativo, affermando: se «... il mutamento giuridico è perfetto in virtù dell'accertamento, il quale, come si sa, dichiara ma non crea il diritto, vuol dire che la costituzione dell'effetto giuridico presiste all'accertamento, il che equivale a negare l'esistenza delle sentenze costitutive»⁽¹¹⁾. E proprio sulla base di questa conclusione negativa, il CALAMANDREI avanzò la sua nota teoria, per spiegare in altro modo la struttura della sentenza costitutiva, salvando, così, l'autonomia di essa.

Prima ancora, però, di esporre tale teoria, gioverà svolgere qualche rilievo, riguardo alla fondatezza della tesi, per cui non sussisterebbe una sufficiente caratterizzazione del processo costitutivo, se la relativa decisione consistesse in un atto di mero accertamento, secondo la tendenza precedentemente delineata. Tale caratterizzazione, infatti, sembra, al contrario, esistere anche in tale ipotesi, ove l'effetto costitutivo proprio della sentenza, non presista a questa, ma ne consegua, col meccanismo dell'effetto *ex lege*: è ovvio, d'altronde, che un fenomeno del genere è possibile, quando l'accertamento non verta sull'effetto tipico della sentenza, che ancora non si è verificato al momento dell'intervento del giudice, ma, al contrario, esso concerne i presupposti, sulla cui base tale effetto si attua. E poichè non a tutte le sentenze consegue l'effetto costitutivo indicato, quando ciò avviene, pare che esso individui con sufficiente autonomia un tipo di sentenza, e il tipo di processo, mediante il quale questa viene emanata⁽¹²⁾.

Ad ogni modo, ogni questione relativa alla esattezza del ri-

no. di tali difficoltà vi sono indubbi tracce in numerosi testi legislativi, tra cui il BGB studiato sigarette; in argomento, v., da ultimo: NARBERG, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit., in *ArchCivPr*, 104^e Band, pag. 273, 274.

(11) Limiti tra giurisdizione e amministrazione, cit., pag. 263, 249; tale tesi è stata ripresa di recente, citando il passo del CALAMANDREI riportato nel testo, dal MARONZI, *L'azione esecutiva*, cit., pag. 168, 170.

(12) Dove qui essere ricordato il limpido pensiero del CASALOTTO, il quale, affermando l'autonomia della categoria degli accertamenti *s.d. constituti*, nota che questi intervengono quando l'effetto, che la legge ricollega al verificarsi di un dato

lievo che precede sembra superata dalla considerazione che la teoria, secondo la quale anche la sentenza costitutiva consisterebbe solo in un atto di mero accertamento, oggi non può più essere accolta; infatti, allo stato attuale della elaborazione dottrinale della struttura del provvedimento giurisdizionale, l'orientamento che riscuote la maggioranza dei consensi è nettamente disancorato dalla concessione della sentenza come atto di mero accertamento; e una tendenza del genere pare debba trovare proprio a proposito della sentenza costitutiva una delle sue più cospicue conferme, in quanto il legame tra sentenza costitutiva stessa, e il suo effetto tipico sembra essere assai più stretto di quello che sarebbe delineabile sulla base del meccanismo dell'effetto *ex lege*: la sentenza costitutiva, nei confronti dei suoi effetti, si pone come un vero e proprio atto, fonte di essi, e non solo come un mero fatto, cui la legge li ricollega; sotto questo profilo, la costruzione dello HELLWIG merita senza'altro di essere ripresa.

È evidente che, per delineare i caratteri della sentenza costitutiva nel senso indicato, i punti possibili di partenza sono due: o si vuole tener ferma la premessa, secondo la quale l'essenza della funzione giurisdizionale sta, comunque, nel mero accertamento, anche se nella sentenza è da ravvisare un ulteriore elemento che non si esaurisce in questo; e allora si deve rinvenire nella sentenza costitutiva un elemento, non di mero accertamento, e perciò non avente natura giurisdizionale. Oppure, si può negare del tutto il collegamento tra funzione giurisdizionale ed accertamento, ed allora il campo è libero per configurare la sentenza costitutiva come un atto completamente antitetico all'accertamento, ma ciò nonostante pienamente giurisdizionale.

Si tratta di un dilemma, le cui alternative sono state ambedue sostenute dalla dottrina.

fatto, non si verifica se tale fatto non è accertato giurisdizionalmente (v., da ultimo: *Lezioni del processo civile italiano*, 2^a ed., Roma 1958, vol. I, pag. 53 ss.).

La prima di queste si trova affermata nella notissima tesi del CALAMANDREI, secondo la quale nella sentenza di tipo costitutivo si dovrebbero individuare due elementi: il primo, si esaurirebbe nella verifica della esistenza dei presupposti voluti dalla legge, perchè il giudice operi la modificazione giuridica tipica della sentenza in parola: tale elemento si risolverebbe in un mero accertamento, ed avrebbe natura pienamente giurisdizionale. Col secondo elemento della sentenza, invece, il giudice opererebbe la modificazione giuridica voluta dalla legge in presenza dei presupposti previamente accertati; tale elemento non consisterebbe più, evidentemente, in un mero accertamento, ma avrebbe, al contrario, carattere costitutivo: per tale ragione, si dovrebbe escludere la sua natura giurisdizionale, ma sarebbe piuttosto inquadrabile nell'ambito dell'attività sostanzialmente amministrativa⁽¹⁶⁾; più precisamente, nell'ambito dell'attività di giurisdizione volontaria, la quale, secondo il CALAMANDREI, avrebbe, appunto, tale carattere⁽¹⁷⁾.

In questa tesi del CALAMANDREI sono assai chiare le tracce di un'altra tesi, che pure nel CALAMANDREI stesso ha trovato uno dei suoi più vivaci assertori, come si è precedentemente visto: quella tesi, cioè, secondo la quale non si potrebbe ravvisare nei provvedimenti giurisdizionali solo un mero accertamento, ma accanto a questo dovrebbe sempre trovarsi anche un elemento di carattere imperativo⁽¹⁸⁾.

Se si tiene conto di questa premessa, può allora stupire che quell'elemento della sentenza costitutiva, che non si esaurisce

(16) CALAMANDREI, *Limiti tra giurisdizione ed amministrazione*, cit., pag. 246 ss.; dello stesso autore, v., nel medesimo senso: *La sentenza come atto di esercizio forzato*, ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. III, Padova 1934, pag. 29; *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, ripubblicato ivi, pag. 134; cfr. anche: ESULLA, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Roma 1928, pag. 43, 44.

(17) Per citazioni sulla ricca letteratura sulla natura della giurisdizione volontaria, v., retro, nota 24, pag. 33.

(18) Per una esposizione di questa tesi v., retro, pag. 23 ss.

in un mero accertamento, sia stato qualificato dallo stesso CALAMANDREI come non giurisdizionale; infatti, da un lato, la tesi secondo la quale nella sentenza sarebbe da ravvisare anche un elemento imperativo, è stata criticata e combattuta, nel senso che nella sentenza, tale elemento non esisterebbe affatto; ma, se se ne ammette l'esistenza, non risulta che sia stato sollevato il problema della sua natura giurisdizionale o meno. E, d'altro canto, una volta ammesso che l'atto mediante il quale viene esplicata la funzione giurisdizionale non si risolve mai, comunque, in un mero accertamento, pare non coerente con questa impostazione, il mantenere rigidamente fermo il collegamento tra funzione giurisdizionale stessa e accertamento, nel senso di fare esaurire quella in questo.

È ovvio che la considerazione che precede ha una validità, la quale, appunto, è strettamente limitata dalla sua stessa premessa, tratta dall'orientamento attualmente dominante in dottrina: e cioè l'impossibilità di risolvere, in ogni caso, la sentenza in un atto di mero accertamento; non si può, peraltro, in questa sede prendere posizione sul problema della esattezza di questa premessa, la quale, come è noto, è stata di recente vivacemente criticata, con dovizia di argomenti, da un insigne autore⁽¹⁹⁾.

Ad ogni modo, sempre mantenendosi nei binari dell'insegnamento oggi dominante in dottrina, sembra possibile svolgere qualche ulteriore considerazione sul tema in esame, sulla base della tesi del CALAMANDREI precedentemente esposta. Si può, cioè, rilevare come l'esistenza di un elemento imperativo nel

(19) Questa tesi è stata, come è noto, sostenuta di recente dall'ALBERO, in alcuni suoi scritti v., soprattutto nel più volte citato: *L'ordinamento giuridico nel primo dell'accertamento giudiziale*; il pensiero dell'insigne autore, nella sua linea principale, è sinteticamente esposto nella frase, secondo la quale gli atti giurisdizionali (che possono acquistare l'efficacia di giudicati) sono «...di concreta il risultato finale di un procedimento particolarmente qualificato, denominato processo d'accertamento, la cui natura, la cui complessità, la cui gradualità rappresentano la giustificazione politica dell'effetto dichiarativo...» (Saggio polemico sulla «giurisdizione volontaria», cit., ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., vol. II, pag. 33).

provvedimento giurisdizionale, possa essere soprattutto individuata nelle sentenze di condanna; nelle sentenze costitutive, pare che tale elemento possa essere vantaggiosamente sostituito da altro elemento, avente diversa natura: quell'elemento, cioè, da cui, propriamente, scaturisce l'effetto specifico della sentenza in parola; si potrebbe allora concludere come il principio secondo il quale nei provvedimenti giurisdizionali decisori si dovrebbe ravvisare una duplicità di elementi, si atteggi in modo diverso, rispettivamente, nelle sentenze di condanna, e in quelle costitutive: in ambedue i casi, vi è un elemento identico, consistente in un accertamento, il quale verte sull'esistenza di quei presupposti, cui la legge ha vincolato il contenuto del secondo elemento: la condanna, nell'un caso, la pronuncia propriamente costitutiva, nell'altro; e questo secondo elemento, il quale si fonde comunque col primo, nel formare il provvedimento giurisdizionale nel suo complesso, poichè ha natura diversa, differenzia in modo corrispondente sentenza di condanna e sentenza costitutiva.

Ma la duplicità di elementi nella sentenza è respinta non solo da chi afferma che la funzione giurisdizionale si esaurisce nel mero accertamento, ma anche da chi svincola completamente quella da questo: è la tesi, la quale è stata vivacemente sostenuta, di recente, dal FAZZALARI, e che è stata precedentemente esposta⁽¹⁹⁾; la sua applicazione all'ipotesi che qui interessa, comporta che nella sentenza costitutiva si dovrebbe ravvisare solo quell'elemento, mediante il quale il giudice produce la modificazione giuridica tipica della sentenza stessa⁽²⁰⁾; in altre parole, non esisterebbe nella sentenza costitutiva, come, del resto, in ogni altra sentenza, un momento che si risolve nel mero accertamento.

Al di là di ogni qualificazione, come avente natura giuri-

(19) *Cd.*, *supra*, pag. 28, 29.

(20) FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 129, 140; v. anche la importante nota a. 74, a pag. 163.

sdizionale, o meno, di determinati elementi della sentenza, la differenza che è percepibile tra la tesi del CALAMANDREI, e quella del FAZZALARI, può essere così indicata: mentre per il primo l'accertamento dei presupposti, voluti dalla legge perchè il giudice attui la modificazione giuridica, sarebbe un elemento della sentenza costitutiva, per il secondo tale accertamento sarebbe solo una operazione meramente preliminare all'esplicazione della funzione giurisdizionale propriamente detta, e che si esaurirebbe nella sola attuazione della modificazione giuridica stessa.

Arrivati a questo punto, si deve, adesso, raccogliere le fila, e condensare, in breve, alcuni rilievi sulle possibili incidenze delle varie teorie precedentemente esposte, sul tema che qui specificamente interessa.

Dalle considerazioni svolte nella prima parte del presente lavoro, risulta che in tanto sorge il problema di distinguere le questioni meramente pregiudiziali, dall'oggetto del giudizio, in quanto sia le une come l'altro, costituiscono oggetto di accertamenti da parte del giudice; accertamenti che, appunto, trovano nelle due ipotesi una diversa disciplina, per quel che riguarda la competenza del giudice, e l'efficacia di giudicato. Per contro, nessun punto di contatto è possibile, tra gli accertamenti meramente pregiudiziali, e la decisione giurisdizionale, o quell'elemento della decisione giurisdizionale, che non ha un carattere di mero accertamento, perchè, in tal modo, nei due casi, ci si muove su piani completamente differenti.

Sulla base del rilievo che precede, si possono valutare le incidenze delle varie soluzioni della problematica concernente i caratteri del processo costitutivo, e della sentenza che lo conclude, in relazione al limite finale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Tanto se si accoglie l'impostazione che, per semplicità, si dirà classica⁽²¹⁾, come se si accetta la tesi del CALAMANDREI, è

(21) Per una recente adesione alla teoria di CALAMANDREI, v.: SERRI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 104, 105; ALBERTI, *L'ordinamento giuridico*, cit.,

indubbia che anche nel processo costitutivo è da ravvisarsi, esclusivamente, o meno, un accertamento giudiziale, il cui oggetto è senz'altro l'oggetto del giudizio in senso tecnico, del processo stesso; e, sotto questo profilo, è assolutamente irrilevante la distinzione, se l'effetto costitutivo, tipico del processo in esame, consegue *ex lege* all'accertamento suddetto, oppure deriva da una pronuncia costitutiva del giudice, la quale trova in esso il suo presupposto. È evidente che, una volta individuata in tal modo l'esistenza dell'oggetto del giudizio, la determinazione dell'ambito della pregiudiziale può procedere col solito metodo, e cioè attraverso l'individuazione del contenuto di tale oggetto.

Il problema va impostato in termini assai diversi, se, viceversa, si accoglie la tesi del FAZZALARI. È assai dubbio che, in tale ipotesi, si possa parlare di oggetto del giudizio in senso tecnico; e ciò, perchè, evidentemente, non è possibile individuare una disciplina dell'accertamento giudiziale relativo, la quale sia differenziata, rispetto a quella degli accertamenti meramente pregiudiziali. Per tali ragioni, non è possibile distinguere un ambito di manifestazione della pregiudizialità, in contrasto col contenuto dell'oggetto del giudizio, e viene a cadere quella contrapposizione, dalla quale la pregiudiziale stessa trae i suoi caratteri essenziali.

Se si accoglie la tesi del FAZZALARI, l'unica distinzione che è afferrabile, nell'attività del giudice, è tracciabile tra tutto il gruppo degli accertamenti meramente logici, e la pronuncia avente carattere costitutivo; e, poichè tutti gli accertamenti precedono tale pronuncia, essi, nel loro complesso, si pongono, in un certo senso, come meramente pregiudiziali rispetto a questa; in tale ipotesi, l'ambito di manifestazione della pregiudiziale dovrebbe comprendere anche il contenuto dell'oggetto del giudizio; ma l'istituto in esame, evidentemente, presenta-

cit., pag. 300; in senso contrario, v.: MANDRILLI, *L'azione esecutiva*, cit., pag. 349, 378.

rebbe dei lineamenti ben diversi da quelli che si è cercato di disegnare nel corso del presente lavoro.

Ad ogni modo, l'evidente portata generale della tesi del FAZZALARI impedisce in questa sede una approfondita valutazione dei suoi fondamenti; qui pare opportuno limitarci ad indicare solo in linea di massima quali sono le conseguenze di una sua accettazione, per quel che concerne il nostro tema. Del resto, non crediamo sia troppo difficile la correzione dei rilievi che seguono, dedicati al limite finale dell'ambito di manifestazione della pregiudiziale nel processo amministrativo, la quale voglia essere operata sulla base del mutamento di prospettiva derivante dall'accoglimento della tesi in parola.

23. La successiva fase di svolgimento del presente lavoro è dedicata alla ricerca del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo.

Partendo dalla premessa, tratta dalla dottrina ancor oggi largamente dominante, secondo la quale nella sentenza di tipo costitutivo si dovrebbe ravvisare, anzitutto, un atto di mero accertamento⁽¹⁾, è chiaro che tale accertamento deve vertere su quei presupposti, alla cui esistenza è vincolata la verifica dell'effetto costitutivo, *ex lege*, oppure per opera del giudice.

D'altro canto, non pare dubbio che l'oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza costitutiva sia l'oggetto del giudizio in senso tecnico; ecco dunque che per il raggiungimento dello scopo sopra propostoci, è necessario individuare con maggiore precisione quali siano tali presupposti.

Come si è già visto nella prima parte del presente lavoro, ogni approfondimento dell'argomento relativo al contenuto dell'oggetto del giudizio, viene necessariamente ad incidere sul gravissimo problema dei rapporti tra diritto e processo; anzi, più

(1) Cf. ALZANI: « Del principio che il processo costitutivo contenga un momento dichiarativo è difficile, in partenza, dubitare... » (Saggio polemico sulla « giurisdizione » esecutiva, cit., in *Problemi di diritto*, II, pag. 7).

precisamente, la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio costituisce il profilo centrale della tematica relativa a tale problema.

E, del resto, una ricerca tendente all'individuazione dei presupposti che il giudice deve accertare, e sulla cui base egli pronuncia la sua decisione costitutiva, viene, in ultima analisi, a riguardare il modo mediante il quale una determinata situazione giuridica di carattere sostanziale si riflette nel fenomeno processuale, provocando, appunto, tale decisione giurisdizionale.

È ovvio che da una indagine dedicata al tema indicato, non possono non risultare i lineamenti dell'atteggiarsi della situazione, o delle situazioni giuridiche del privato, sul piano sostanziale, come su quello processuale, nei confronti di un comportamento illegittimo della pubblica Amministrazione.

Nella prima parte del presente lavoro, si è già visto quali siano i profili essenziali della problematica relativa, nei confronti del processo civile; ma non pare dubbio che molte delle considerazioni allora svolte abbiano, di per sé, un ambito di applicazione più generale. Non solo, ma già in quella sede, si sono poste in luce talune implicazioni di tale problematica, le quali tendono inevitabilmente a riprodursi in ogni tipo di processo: di conseguenza, ove sia possibile rintracciare anche nel processo amministrativo, alcuni tratti comuni pure al processo civile, si devono trarre, anche a proposito del primo, quelle necessarie conseguenze che si sono dedotte nei confronti del secondo. Per tali ragioni, è molto semplificato il compito di indicare quei rilievi, inerenti al problema dei rapporti tra diritto e processo nel processo amministrativo, i quali sono necessari per l'ulteriore svolgimento del presente lavoro; l'esposizione di essi risulterà perciò assai spedita, in quanto si baserà molto sulle considerazioni precedentemente svolte, le quali esplicheranno una funzione di integrazione di quanto qui si dirà, che, sotto il profilo indicato, è indispensabile.

Se si valuta lo svolgimento del fenomeno processuale dal

punto di vista dell'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte del competente organo statale, si è già rilevato come la legge disciplini tale esplicazione, soprattutto per quel che riguarda i requisiti, cui è subordinato che essa avvenga, e i requisiti, cui è subordinato che essa avvenga nel modo favorevole alla domanda dell'attore, o nel modo opposto. Per contro, considerando l'atteggiarsi della posizione del privato, i caratteri salienti di questa vengono a disporsi in modo corrispondente a quei vincoli apposti all'esplicazione della funzione giurisdizionale. Ed è mediante questo reciproco intrecciarsi delle varie situazioni giuridiche del privato, e dei momenti vincolati dell'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dell'organo statale, che si delineano i profili di quella problematica che viene richiamata attraverso la contrapposizione dei due termini di diritto (sostanziale), e di processo.

Volendo scegliere l'elemento di tale complesso quadro, da individuare e da disegnare per primo, onde poter disporre attorno a questo tutti gli altri dati, come tessere in uno stesso mosaico, sembra che la scelta debba cadere sulla situazione giuridica che spetta al soggetto, nei confronti della determinazione dell'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa; e ciò, perchè delineare i caratteri di tale situazione non appare soverchiamente difficile, e in tal modo, è possibile rinvenire in breve un buon punto di partenza, per procedere oltre nel senso indicato.

La situazione giuridica in parola deve essere individuata sulla base della ovvia considerazione, secondo la quale al cittadino è attribuito dalla legge, a tutela dei suoi interessi legittimi, il potere di adire la giurisdizione amministrativa. Ora, sembra che i caratteri di tale situazione giuridica coincidano puntualmente con quelli della corrispondente situazione giuridica prima vista a proposito del processo civile: il c.d. potere astratto di agire.

Se si vuole rintracciare il fondamento del potere astratto

di agire davanti alla giurisdizione ordinaria, nell'art. 24 Cost., un argomento di notevole peso a sostegno dell'affermazione precedente può, forse, rinvenirsi nella stessa formulazione del precepto costituzionale: esso, infatti, si riferisce in modo analogo sia al processo civile, come a quello amministrativo, attribuendo a tutti i soggetti il potere di « ... agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi ».

Ma gli argomenti tecnicamente di maggior valore, per l'accoglimento dell'affermazione precedentemente avanzata, possono, senza altro, essere dedotti da quella sintetica regolamentazione del processo amministrativo, che è costituita dagli art. 26 ss. del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

Da tutto il complesso della disciplina contenuta in tale testo legislativo, non pare dubbio che a chiunque spetti il potere di ricorrere a quell'organo giurisdizionale; che l'esercizio di questo potere deve avvenire in determinate forme; deve rispettare determinati termini; deve essere compiuto in presenza di determinati requisiti, principalissimo tra i quali, l'interesse a ricorrere: in breve, tale esercizio deve avvenire con l'osservanza di tutti quelli che si possono definire come i presupposti processuali, intendendo questo termine nella sua accezione più lata.

Per contro, ove l'esercizio del potere di ricorrere alla giurisdizione amministrativa sia compiuto ritualmente, tempestivamente, etc., con esso si costituisce, per l'organo giurisdizionale, il dovere di decidere nel merito del ricorso; e la costituzione di questo obbligo non è condizionata dall'esistenza di nessun ulteriore requisito, oltre a quelli prima indicati; in particolare, non è, evidentemente, condizionata dalla fondatezza, nel merito, del ricorso stesso, che, anzi, questa deve, appunto, costituire l'oggetto dell'accertamento giudiziale di merito.

Per tali ragioni, al potere di ricorrere davanti alla giurisdizione amministrativa deve attribuirsi lo stesso carattere dell'astrattezza, con il quale deve essere delineato il potere di agire davanti alla giurisdizione ordinaria. E la riscontrata identità

di natura tra questi due poteri, consente di applicare al problema dei rapporti tra diritto e processo, nel processo amministrativo, tutta una serie di considerazioni, già precedentemente svolte a proposito dell'analogo problema, nel processo civile.

Anzitutto, sembra che l'esercizio del potere di ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa, detestasi l'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dell'organo corrispondente, mediante lo stesso meccanismo prima visto per il processo civile: tale esercizio, cioè, si pone come presupposto, cui per legge è vincolata positivamente e negativamente l'esplicazione stessa.

L'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa è vincolata negativamente dalla legge, nel senso che essa non può avvenire, se non in presenza dell'esercizio del potere di ricorso; tale vincolo deve essere apprezzato, naturalmente, come indice dell'esistenza di un interesse statale, a che la funzione giurisdizionale amministrativa venga esplicata non d'ufficio, ma solo su ricorso di parte.

Sul valore che assume, in via generale, l'attribuzione al privato, del potere di creare il presupposto, cui è vincolata l'esplicazione della funzione giurisdizionale, non occorre aggiungere altro, a quanto precedentemente scritto⁽¹⁾. Solo, giova svolgere qualche rilievo, sulle conseguenze che tale attribuzione determina, in sede di individuazione dei caratteri della giurisdizione amministrativa.

L'aver rimesso al privato stesso il potere di provocare l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa, costituisce un elemento di importanza fondamentale, di collegamento tra la funzione stessa, e l'interesse del soggetto; per tale ragione, pare che non si possa dubitare che la giurisdizione amministrativa tuteli, anzitutto, interessi privati, perchè, altrimenti, non si capirebbe come mai il privato sia l'unico arbitro

(1) V. cod. cit., pag. III.

della decisione se provocare l'esplicazione di essa, oppure no. Rimane, è vero, la circostanza, per cui, come si vedrà meglio in seguito, l'oggetto del giudizio amministrativo ha natura obiettiva, e non soggettiva; ma, eventualmente, è proprio attraverso la sintesi dei due opposti elementi, sobbiettivo l'uno, e obbiettivo l'altro, che è possibile delineare quei caratteri della giurisdizione amministrativa, sui quali tanto si è dibattuto in dottrina. Ma di ciò si dirà più avanti.

L'esercizio del potere di ricorso condiziona, però, l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa anche sotto un profilo positivo: tale esercizio, cioè vincola questa esplicazione, anche nel senso che, ove quello sussista, questa deve avvenire.

Si è già rilevato, a proposito del processo civile, come vi sia un fortissimo interesse statale, a che la funzione giurisdizionale venga esercitata, tutte le volte in cui il soggetto eserciti ritualmente il suo potere di agire; e ciò, perchè solo in tal modo è possibile perseguire quello specifico fine statale, al quale è subordinata l'intera funzione giurisdizionale, che consiste nel dirimere le liti.

Analogo interesse, e analogo fine statale, è possibile rinvenire anche a proposito del processo amministrativo: l'unica differenza che si può percepire nei due casi, è data dalla circostanza che la giurisdizione civile dirime liti che sono sorte tra soggetti privati, mentre la giurisdizione amministrativa dirime liti che sono sorte tra cittadini e pubblica Amministrazione. Ma, d'altra parte, non si vede per quale ragione lo Stato dovrebbe avere un interesse alla risoluzione in via giurisdizionale delle seconde, che sia minore rispetto a quello della risoluzione delle prime.

Per tale ragione, si comprende come mai la legge abbia regolato positivamente l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa all'esercizio del potere di ricorso da parte del privato.

Le considerazioni che precedono permettano di chiarire completamente i caratteri dell'atteggiarsi della posizione giuridica del soggetto, nei confronti del vincolo apposto dalla legge alla esplicazione della funzione giurisdizionale, determinando il requisito in presenza del quale questa può e deve avvenire.

Si è già individuata l'esistenza di un potere astratto di ricorso, con caratteri che, sotto il profilo che qui interessa, possono essere definiti analoghi a quelli del potere astratto di agire davanti alla giurisdizione civile.

Ma, riprendendo delle considerazioni già svolte nella prima parte del presente lavoro⁽¹⁵⁾, tale situazione giuridica attiva non esaurisce l'intero atteggiarsi della posizione del privato, nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale statale neppure per quel che riguarda il primo aspetto di tale esplicazione, regolato dalla legge: il vincolo che attiene al requisito che questa richiede, perchè essa possa e debba avvenire.

Infatti, mediante l'esercizio del potere di ricorso, il privato può solo porre in essere il presupposto della esplicazione della funzione giurisdizionale; rimane, però, ancora da delineare l'atteggiarsi della posizione del privato, nei confronti del dover effettuarsi di questa esplicazione, una volta che tale presupposto sia venuto in essere.

Il vincolo dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, all'esistenza di questo presupposto, voluto dalla legge, si traduce, tecnicamente, in una limitazione apposta all'esercizio da parte del giudice, della funzione stessa; ora, come già si ebbe occasione di notare⁽¹⁶⁾, la funzione non è altro che un potere, il cui esercizio è, appunto, per qualche aspetto, vincolato; per tale ragione, la posizione del privato, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, una volta che questi abbia esercitato il suo potere di ricorso, si atteggia secondo i caratteri di quella situa-

(15) Vedi, *supra*, pag. 184, 185.

(16) Vedi, *supra*, pag. 33, 34.

sione giuridica soggettiva, che risulta dall'apposizione di un vincolo ad un potere altrui: l'interesse legittimo.]

In altri termini, anche per il processo amministrativo, si deve arrivare alla stessa conclusione già prima vista, a proposito del processo civile: e, cioè, che la posizione del privato, nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda la disciplina di questa, in relazione al presupposto, in presenza del quale può e deve avvenire, si scinde in due distinte situazioni giuridiche soggettive: il potere di porre in essere tale presupposto (potere astratto di ricorso), e l'interesse legittimo a che tale esplicazione della funzione giurisdizionale avvenga, una volta posto in essere il presupposto suddetto.

Ma, come nel processo civile, anche nel processo amministrativo queste due situazioni giuridiche soggettive non possono esaurire tutto l'atteggiarsi della posizione del privato, nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale.

È da rilevare, infatti, come la disciplina di questa esplicazione, che attiene al suo vincolo all'esistenza del presupposto indicato, non esaurisca, evidentemente, l'intera regolamentazione della esplicazione stessa: rimane, soprattutto, da delineare, la regolamentazione relativa al modo di questa esplicazione, oppure, il che è lo stesso, la regolamentazione del contenuto del provvedimento, mediante il quale essa avviene, in relazione al merito della domanda dell'attore: da quanto sin qui detto, nessuna indicazione risulta, circa quell'elemento, in base al quale stabilire se tale provvedimento deve accogliere, oppure respingere la domanda stessa. Ed è proprio dalla disciplina della esplicazione della funzione giurisdizionale, sotto questo profilo, che risulterà una terza situazione giuridica del soggetto, la quale completa l'atteggiarsi della posizione di questi, nei confronti di detta esplicazione.

Non sembra che occorra spendere molte parole, per dimostrare come nessuna delle due situazioni giuridiche soggettive già precisate possa determinare il modo di esplicazione della

funzione giurisdizionale, se cioè, essa deve avvenire nel senso di accogliere la domanda del ricorrente, oppure nel senso di respingerla.

Converrà, comunque, ribadire, in particolare questa affermazione, per quel che riguarda il potere astratto di ricorso: e ciò, per il ricordo di tutta quella polemica, il cui contenuto è già stato esposto a proposito della problematica dell'azione nel processo civile, e che concerne, appunto, i caratteri e la funzione del potere astratto di agire in quel tipo di processo.

È chiaro, comunque, che se si disegna il potere di ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa, con gli stessi caratteri del potere astratto di agire davanti alla giurisdizione ordinaria civile, la sua esistenza, la ritualità e la tempestività del suo esercizio, la contemporanea presenza di quegli altri requisiti voluti dalla legge (interesse ad agire, etc.), in breve: la sussistenza di tutti i presupposti processuali, rileva solo per la determinazione del dovere del giudice di esaminare e decidere il merito del ricorso: nulla di più, e nulla di meno di questo, è provocato dai requisiti suddetti. Se così non fosse, si dovrebbe, allora, negare il carattere di astrattezza, il quale, invece, come si è visto, è essenziale del potere di ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa.

Il fattore di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo di merito, deve essere ricercato, perciò, anche nel processo amministrativo, al di fuori delle prime due situazioni giuridiche soggettive già individuate; di più: esso deve essere ricercato anche al di fuori dell'intero fenomeno processuale.

Infatti, si tratta, nè più nè meno, di rinvenire il presupposto del contenuto del provvedimento, mediante la cui emanazione si esplica la funzione giurisdizionale; del provvedimento, cioè, in cui sbocca, e con cui si conclude l'intero processo; ora, non si deve dimenticare che il processo non è mai fine a se stesso, ma, al contrario, si svolge in funzione di tutela di qualche cosa che ne rimane al di fuori: il diritto sostanziale; e, per tali ragioni,

è nel diritto sostanziale stesso che deve essere ricercato quel fattore di determinazione suddetto.

Anche qui, occorre richiamare quanto già detto nella prima parte del presente lavoro, a proposito del vincolo del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, al diritto sostanziale⁽¹⁷⁾; si deve, in particolare, ricordare che tale vincolo è attuato mediante il meccanismo per cui l'esistenza di una data situazione giuridica sostanziale, è considerata dalla legge come il presupposto del contenuto del provvedimento decisorio di merito: ossia, essa costituisce un requisito, che vincola l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Lo stesso fenomeno pare sia da ravvisare anche nel processo amministrativo; non solo: ed anche nel processo amministrativo, si deve rinvenire un fortissimo interesse statale, a che la funzione giurisdizionale venga esplicata in base alle norme dell'ordinamento sostanziale; e tale interesse è dovuta alle identiche ragioni precedentemente espresse a proposito del processo civile⁽¹⁸⁾.

Poiché il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale è vincolato alla esistenza della situazione giuridica sostanziale indicata, sembra che anche nei confronti di tale modo di esplicazione, la posizione giuridica del soggetto si atteggi con i caratteri di quella situazione soggettiva, che risulta dall'apposizione di una limitazione all'esercizio di un potere altrui: l'interesse legittimo. E questa conclusione può essere sostenuta ulteriormente, anche con la considerazione che a tale interesse del privato, sovrasta sempre l'interesse dello Stato, avente analogo contenuto, che è stato adesso individuato.

In definitiva, anche nel processo amministrativo, l'interesse legittimo del privato, a che il giudice decida secondo le norme di diritto sostanziale, costituisce la terza situazione giuridica soggettiva da delineare; e tale interesse, unitamente all'altro in-

(17) Vedi, *supra*, pag. 101, 102.

(18) Vedi, *supra*, pag. 102.

teresse legittimo, a che la funzione giurisdizionale (di merito) venga esplicata, in presenza del suo presupposto, e al potere di porre in essere questo presupposto, pare esaurire nel suo multiforme atteggiarsi, la posizione del soggetto nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa.

Questi, i lineamenti essenziali, e, comunque, tracciati in maniera estremamente schematica, della problematica relativa ai rapporti tra diritto sostanziale e processo, per quel che riguarda il processo amministrativo.

Si tratta, adesso, di trarre le conseguenze da quanto sin qui detto, per quel che concerne il problema della determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Risulta chiaro, ormai, che l'oggetto del giudizio di merito, nel processo amministrativo, è costituito da quella situazione giuridica sostanziale, che, dalla legge, è considerata come il presupposto del provvedimento decisorio di merito in tale processo; e, sotto questo profilo, a nulla rileva se l'accertamento relativo è contenuto nella stessa sentenza, accanto alla pronuncia costitutiva propriamente detta, oppure ne costituisce un mero antecedente, rimanendone al di fuori.

Per tale ragione, devono considerarsi pregiudiziali in senso logico, nel processo amministrativo, tutti quegli accertamenti, di fatto e di diritto, sulla cui base il giudice è in grado di accertare l'esistenza della situazione giuridica suddetta.

Tale situazione giuridica deve esser ancora individuata: e questo è lo scopo che ci si propone di raggiungere nel paragrafo seguente.

Intanto, preme svolgere due considerazioni, che derivano dai risultati sin qui raggiunti.

Secondo la prima di tali considerazioni, l'affermazione per cui l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, è costituito da una situazione giuridica di diritto sostanziale, esclude che tale oggetto consista, per contro, nella semplice affermazione

della sua esistenza, o, più in generale, abbia un carattere meramente formale: perciò, e per le stesse ragioni di fondo, per le quali si pervenne alla stessa conclusione, a proposito del processo civile, si deve escludere, anche per il processo amministrativo, l'attendibilità di quei recenti orientamenti verso il carattere formale dell'oggetto del giudizio, che sono propri della dottrina tedesca, e che già nella prima parte del presente lavoro si ebbe occasione di valutare criticamente (*).

La seconda considerazione attiene, viceversa, alla profonda distinzione che è da farsi, tra gli accertamenti che il giudice deve compiere, e che hanno per oggetto i c.d. presupposti processuali, e l'accertamento giudiziale propriamente detto, che riguarda l'oggetto del giudizio di merito.

Tale profonda distinzione è strettamente consequenziale all'altra, e altrettanto profonda distinzione che si è tracciata, tra i presupposti che condizionano l'esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso che determinano se essa deve avvenire oppure no, nei confronti del merito della domanda dell'attore; e il presupposto che condiziona il modo di esplicazione della funzione stessa.

I presupposti processuali hanno il carattere che risulta dalla loro denominazione, perchè vertono su entità giuridiche che hanno rilevanza solo nell'ambito del processo: il potere di ricorso, che, appunto, è una situazione giuridica soggettiva che si esaurisce nel processo; le modalità del suo esercizio, e così via. E, per tale ragione, gli accertamenti relativi hanno, anche essi, una rilevanza limitata al processo, in quanto sono composti dal giudice, al solo fine di determinare se ricorrano i presupposti, in presenza dei quali egli può e deve esplicitare la sua funzione nel merito del ricorso.

Per contro, l'oggetto del giudizio di merito è una situazione

(*) Vedi, sopra, pag. 117 ss. Cit., però, l'opinione del BASSOLI, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, come, del resto, nel processo civile, sarebbe costituito da un'affermazione; tale autore si rinvoca, evidentemente, alle tendenze astratte (L'istruzione, cit., pag. 58 ss.).

giuridica sostanziale; e, correlativamente, l'accertamento su di essa non si esaurisce nel processo, ma incide, a sua volta, nel diritto sostanziale.

Per tali ragioni, anche nel processo amministrativo è da distinguere nel modo più completo, tra le questioni c.d. meramente processuali, che insorgono, appunto, nell'accertamento dei presupposti processuali, e le questioni pregiudiziali di merito la cui soluzione condiziona l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio, e, quindi, in definitiva concorre a determinare il contenuto del provvedimento decisivo di merito. Anche nel processo amministrativo, sussistono, cioè, le stesse ragioni già precedentemente viste a proposito del processo civile, le quali consigliano di limitare l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità al solo giudizio di merito.

Gli accertamenti sui presupposti processuali, e l'accertamento sull'oggetto del giudizio di merito, corrono su due binari paralleli, senza punti di intersezione. Sulla possibilità di configurare anche i primi come un autonomo oggetto del giudizio, sia pure con caratteri del tutto particolari; sui problemi che suscita la determinazione del contenuto relativo; sulla attribuibilità anche ad essi della efficacia di cosa giudicata, non resta che rimandare a quanto detto nella prima parte del presente lavoro (**), senza che alle considerazioni allora svolte su un piano generale, occorra aggiungere alcuno specifico rilievo per quel che concerne il processo amministrativo.

Seguendo questo ordine di idee, appare manifestamente inaccettabile quell'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, cui si è in precedenza alluso; secondo tale orientamento, il rigetto del ricorso, per ragioni puramente formali (insussistenza di uno qualsiasi dei presupposti processuali), importerebbe la formazione della cosa giudicata anche per quel che concerne il merito del ricorso stesso, ossia la questione di

(**) Vedi, sopra, pag. 119 ss.

legittimità dell'atto impugnato⁽¹⁷⁾. Ciò comporterebbe, infatti, una confusione tra l'oggetto del giudizio di merito, e i presupposti processuali.

L'accertamento della mancanza di uno dei presupposti processuali, deve viceversa portare alla unica conseguenza, che il giudice non riscontra esistenti tutti quei requisiti, cui è condizionata l' esplicazione della sua funzione, nel merito del ricorso stesso; ma la questione relativa alla legittimità dell'atto impugnato non è stata ancora neppure delibata. Di conseguenza, non può formarsi nessun giudicato su di essa: questa ulteriore considerazione risulterà anche chiarissima dai rilievi che saranno in seguito svolti, a proposito dei limiti obbiettivi della cosa giudicata nel processo amministrativo; ma essa appare già fin da adesso sufficientemente fondata; e, comunque, paiono del tutto inconferenti le ragioni addotte in contrario dalla giurisprudenza⁽¹⁸⁾.

(17) Cfr. per tale esplicita affermazione: V sez., 26 giugno 1942, n. 425, in Riv. dir. pubbl., 1942, II, 478; V sez., 28 novembre 1938, n. 1175, in Foro amm., 1938, I, 2, 21; e anche, le meno chiare decisioni della V sez., 17 ottobre 1939, n. 490, in Riv. dir. pubbl., 1940, II, 36, e 6 dicembre 1939, n. 152, in Foro amm., 1941, I, 2, 25.

(18) Nella motivazione della decisione più recente, ma quella citata alla nota precedente, si afferma, anzitutto, il principio, secondo il quale il processo amministrativo avrebbe un contenuto particolare, ed essenzialmente formale, e, per questa ragione, non sarebbero ad esso applicabili i criteri che regolano la cosa giudicata nel processo civile, e in particolare, mentre la lite civile incide direttamente sul rapporto giuridico sostanziale, la lite amministrativa ha per oggetto immediato la legittimità di un determinato atto amministrativo, e, quindi, nel primo caso, l'estensione del deciso si deduce dal rapporto giuridico controverso, nel secondo caso, invece, gli effetti della decisione sono circoscritti dall'atto giuridico impugnato.

Può darsi che la distinzione indicata, tra i limiti obbiettivi della cosa giudicata nel processo civile, e in quello amministrativo, sia esatta, ma non si vede quale importanza essa possa avere per la soluzione della questione che qui interessa: la legittimità dell'atto impugnato, è fenomeno di esclusivo carattere sostanziale, non meno del rapporto giuridico, che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo civile; e, per tale ragione, la decisione giurisdizionale amministrativa che si limita ad accertare la carenza di un presupposto processuale, non acquistando la minima rilevanza sul piano sostanziale, non può assolutamente incidere sulla questione di legittimità dell'atto impugnato.

In genere, per la critica dell'indirizzo giurisprudenziale in esame, v.: GUSTONNET, *Le giustizia amministrativa*, cit., pag. 283, 284.

S'intende, che, per la brevità dei termini cui è subordinata dalla legge, la presentazione del ricorso giurisdizionale amministrativo, in pratica non sarà possibile riproporre in sede giurisdizionale, con un nuovo ricorso, quella impugnazione di un atto amministrativo, che è già stata respinta, sia pure solo per motivi esclusivamente processuali; ma altro è far discendere tale impossibilità da mere ragioni di produzione per scadenza di termini, altro è farla derivare dai principi della cosa giudicata⁽¹⁹⁾; e, del resto, tale preclusione opererebbe, in ogni caso, solo sul piano processuale, lasciando intatte quelle possibilità di riesame, di annullamento e di revoca dell'atto impugnato, da parte della pubblica Amministrazione, possibilità che invece, come è noto, sarebbero soppresse, se si dovesse attribuire efficacia di cosa giudicata sulla legittimità dell'atto amministrativo, alla pronuncia di rigetto del ricorso per motivi meramente processuali.

24. La via è ormai aperta per la individuazione di quella situazione giuridica, che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo.

Possiamo già considerare, come due risultati ormai acquisiti, che tale situazione giuridica abbia, anzitutto, carattere sostanziale, e, d'altra parte, costituisca il presupposto di quello elemento costitutivo proprio della sentenza che conclude il processo amministrativo: la pronuncia di annullamento dell'atto impugnato.

Prendendo come base questi due punti di partenza, la strada

(19) Cfr. l'esatta decisione della IV sez., 30 aprile 1938, n. 206, in Riv. dir. pubbl., 1940, I, 2, che fa derivare l'impossibilità di un nuovo ricorso giurisdizionale, contro un atto già proceduralmente impugnato, nell'ipotesi in cui il primo ricorso fosse stato dichiarato estinto per prescrizione, esclusivamente dalla scadenza del termine di decadenza.

Di recente, dell'indirizzo giurisprudenziale critico si è nettamente discostato un parere della I sez., il quale esplicitamente afferma che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi processuali non forma giudicato sulla legittimità e illegittimità dell'atto amministrativo impugnato (I sez., 6 novembre 1958, in Riv. dir. Cost. Stat., 1958, pag. 317).

per arrivare alla individuazione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo non è lunga.

Su un piano generale, l'annullamento di un atto giuridico, compiuto mediante un provvedimento giurisdizionale, ossia, la estrinsecazione di quella particolare qualità dell'atto, che si chiama annullabilità, trova il suo presupposto nella c.d. illiceità, o illegittimità dell'atto, *lato sensu*; nella sua contrarietà, cioè, a norme giuridiche⁽¹⁷⁾.

Esaminando il problema, per quel che riguarda in particolare, il diritto, e il processo amministrativo, è nozione istituzionale che l'annullamento dell'atto amministrativo, compiuto dal giudice amministrativo, trova il suo fondamento nella illegittimità, *stricto sensu*, dell'atto stesso; e, cioè, nella sua contrarietà a quelle norme di legge, le quali vincolano l'esercizio di un potere, attribuito alla pubblica Amministrazione.

Il presupposto del provvedimento giurisdizionale, mediante il quale il giudice amministrativo annulla l'atto impugnato, è, dunque, costituito dalla illegittimità, così intesa, dell'atto stesso. Per tale ragione, non pare dubbio che l'oggetto del giudizio (di merito), nel processo amministrativo, sia costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato; l'accertamento giudiziale deve, infatti, necessariamente essere volto alla individuazione di questa qualità, o, se si vuole, di questo modo di essere, di carattere esclusivamente sostanziale, dell'atto medesimo.

Un'indagine del contenuto dell'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, la quale sia condotta sotto il profilo della natura costitutiva del processo stesso, porta quindi, come risultato, la scelta tra quei due orientamenti dottrinali che si sono precedentemente esposti⁽¹⁸⁾.

La ragione, per cui non si può accogliere la teoria, secondo

(17) E, secondo una nota *trd.*, anche a norme non giuridiche; v. per tutti: Sacco Romano, voce: Annullamento, in *Nuovo Digesto italiano*; Motta, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 173; v. anche la monografia di GONZATI-PRESNANI, *L'annullabilità come attuazione di norme non giuridiche*, Milano 1948.

(18) Vedi, *supra*, pag. 221 s.

la quale il contenuto suddetto consisterebbe nella questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente, inteso come situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, risulta chiaramente da quanto fin qui detto; la violazione dell'interesse legittimo, infatti, non può mai costituire, di per sé, e direttamente, il presupposto, per l'annullamento dell'atto impugnato.

Questo annullamento può fondarsi unicamente sulla illegittimità dell'atto stesso; e, perciò, in tanto alla violazione dell'interesse legittimo può ricollegarsi l'annullamento dell'atto, in quanto tale violazione si ripercuote sulla legittimità di questo atto.

Però, come si è già rilevato⁽¹⁹⁾, violazione dell'interesse legittimo, e illegittimità dell'atto, non sono fenomeni che si possano porre reciprocamente in un rapporto di causa-effetto, comunque orientato; essi, piuttosto, costituiscono due distinti effetti, di una unica causa: la violazione di una norma che vincola l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione.

Per tale ragione, sul piano sostanziale, nella catena delle cause e degli effetti, l'ultimo dei quali è costituito dalla illegittimità dell'atto, non può inserirsi in nessun modo la violazione dell'interesse legittimo; e, corrispondentemente, nell'iter logico che il giudice compie, per arrivare alla decisione finale, non vi è posto per l'accertamento della violazione dell'interesse legittimo, né attribuendo ad esso il carattere meramente pregiudiziale, né, a maggior ragione, facendolo ricentrare nell'accertamento giudiziale propriamente detto, e cioè vertente sull'oggetto del giudizio.

Per contro, non si può negare alla violazione dell'interesse legittimo, nel quadro del fenomeno processuale amministrativo, una funzione del massimo rilievo, anche se questa si svolge al di fuori dell'accertamento giudiziale, del suo oggetto, e perfino al di fuori dell'ambito della pregiudizialità.

(19) Vedi, *supra*, pag. 225.

Il punto di partenza per ogni considerazione al riguardo, deve essere tratto da quella definizione dell'interesse legittimo che è stata qui accolta. Tale definizione, come si è detto, pone l'accento sulle norme che vincolano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, affermando che l'interesse legittimo è quella situazione giuridica soggettiva, di carattere sostanziale, che risulta da queste norme stesse. Ora, sembra che la definizione in parola non introduca ulteriori distinzioni tra le norme che vincolano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione; per tale ragione, non pare troppo azzardato sostenere che da ogni norma che vincola l'esercizio di un potere dell'Amministrazione, scaturisce per il privato un interesse legittimo.

Se si segue questo ordine di idee, si deve, necessariamente, arrivare alla conclusione che quei due distinti effetti di una unica causa che si sono prima individuati, si presentano sempre simultaneamente, in modo inscindibile. Ossia, tutte le volte che la pubblica Amministrazione esercita un potere ad essa attribuito, violando, però, le norme che vincolano l'esercizio del potere stesso, non solo l'atto in tal modo posto in essere è illegittimo, ma, a questo effetto, che si verifica su un piano esclusivamente obbiettivo, non può non accompagnarsi, su un piano soggettivo, la lesione di quella posizione di interesse legittimo, che risulta dalla norma violata.

Si è già notato, d'altra parte, come l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa trovi il suo necessario presupposto nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva spettante al privato, e cioè il potere astratto di ricorso alla giurisdizione amministrativa. Ora, è evidente che il privato eserciterà tale potere, in corrispondenza della lesione di un suo interesse da parte della pubblica Amministrazione; già per questa via, si giunge così a rinvenire un collegamento tra giurisdizione amministrativa e interesse del privato, collegamento, peraltro, il quale è affermato dalla dottrina unanime, come la logica nega-

ziano del carattere di azione popolare del ricorso giurisdizionale amministrativo. È proprio questo collegamento che deve determinare uno dei caratteri della giurisdizione amministrativa, comunque essa debba essere delineata nel suo complesso; e, a questo proposito, è appena il caso di ricordare quanti sforzi sono stati compiuti in dottrina, nel tentativo di conciliare l'interesse del privato, sicuramente rilevante nello svolgimento della funzione giurisdizionale amministrativa, col carattere obbiettivo che, per altro verso, sembra da doversi attribuire a quest'ultima.

Ora, pare che le considerazioni precedentemente svolte possano offrire la base, per prospettare una nuova via di conciliazione dell'apparente contrapposizione indicata.

Sembra, infatti, che la titolarità dell'interesse legittimo, lesa dall'atto amministrativo che si impugna, funga da elemento di legittimazione a ricorrere contro l'atto stesso; per tale ragione, la violazione dell'interesse legittimo non acquisterebbe rilevanza, nel quadro delle cause di carattere sostanziale, le quali portano alla invalidità dell'atto, e quindi non potrebbe essere ricompresa nel complesso degli accertamenti giudiziali o pregiudiziali di merito; ma, al contrario, esso svolge una propria funzione come presupposto processuale, e, per questo motivo, è da considerarsi come uno degli oggetti degli accertamenti meramente processuali, nel senso che, come si è visto, è da attribuirsi a questa espressione.

La soluzione prospettata, che deve essere avanzata con tutta quella cautela che è imposta dalla estrema delicatezza della materia, e dalla complessità e vivacità dei dibattiti, che intorno ad essa ancor oggi si agitano, costituirebbe una via intermedia, tra l'orientamento volto a ravvivare nell'oggetto del giudizio amministrativo, la violazione di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, e la opposta tendenza, secondo la quale la giurisdizione amministrativa avrebbe un carattere esclusivamente obbiettivo.

Infatti, se si ha presente il contenuto dell'oggetto del giudi-

zio, poichè questo è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, ad esso non può essere attribuito che un carattere obbiettivo.

Per contro, la presenza della violazione di un interesse legittimo del ricorrente tra i presupposti processuali, non può non costituire un preciso e indiscutibile collegamento tra la giurisdizione amministrativa e l'interesse individuale. Più precisamente, poichè la funzione giurisdizionale amministrativa viene esplicata solo sul presupposto dell'esercizio del potere astratto di ricorso da parte del privato, e tale esercizio è attuato unicamente per restaurare la lesione dell'interesse legittimo di questi, non si può negare che, sotto questo profilo, la giurisdizione amministrativa sia una giurisdizione posta, anzitutto, a tutela di interessi individuali^(*). X

Occorre, forse, far risaltare maggiormente un passo del ragionamento fin qui condotto, il quale, probabilmente, è stato lasciato un po' in ombra: e cioè che l'interesse legittimo del privato, pur rilevando solo come presupposto processuale, non per questo perde il carattere di situazione giuridica soggettiva, di natura sostanziale. In tal modo la soluzione qui proposta si differenzia dall'orientamento di quegli autori i quali, pur ravvisando l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo nella questione di legittimità dell'atto impugnato, non negano anche la esistenza dell'interesse del privato tra i presupposti processuali, ma attribuiscono a tale interesse, come è ben noto, il mero carattere di interesse di fatto.

Ad ogni modo, e riprendendo il filo principale del ragionamento, l'affermazione, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, merita di essere maggiormente

(*) Per una valutazione assai interessante, per i profili sotto cui è condotta, del processo amministrativo come un « processo di parti », e perciò ricollegato all'interesse di questi, v.: BASTIENI, *L'istruzione*, cit., pag. 26 ss.

fondata, con una serie di ulteriori considerazioni. Infatti, se quanto sin qui detto può valere come motivazione della tesi sostenuta, sembra che la dimostrazione della tesi stessa debba, in ogni caso, essere completata, con una valutazione critica di altre opinioni contrarie, che si aggiungono a quella, già esaminata, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo.

In particolare, si deve tenere adeguato conto di un orientamento che è stato sostenuto soprattutto dalla dottrina del processo civile, ma che si presenta con un carattere di generalità, il quale lo renderebbe applicabile anche al processo amministrativo, come, del resto, è già stato affermato.

La dottrina del processo civile, assolutamente unanime (né, del resto, potrebbe essere altrimenti), individua l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, in quella situazione giuridica alla quale si ricollega la modificazione tipica del processo stesso, sia pure con l'intermediazione della pronuncia giurisdizionale, secondo quegli schemi prima delineati. Ma la corrente di gran lunga dominante in tale dottrina, tende a ricostruire la situazione giuridica cui si rannoda l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, etc., dell'atto, non già nel particolare modo di essere dell'atto stesso, ma in un potere del privato, di provocare la caducazione di questo. È evidente che, in tal caso, l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo coinciderebbe con tale potere, e col suo esercizio, e non già con la qualità dell'atto, la quale, tutt'al più, fungerebbe da presupposto per l'esistenza o per la legittimità dell'esercizio del potere stesso.

La tesi delineata, del resto, non è nient'altro che una specifica applicazione di una impostazione di carattere più generale, secondo la quale alla base del processo costitutivo si dovrebbe rinvenire, in ogni caso, una situazione giuridica soggettiva, al cui esercizio si ricollegerebbe l'effetto tipico del processo costitutivo stesso; questo effetto, per tale ragione, non potrebbe mai

scaturire solo da una serie di presupposti, aventi carattere meramente obbiettivo.

Se si valuta l'elaborazione dottrinale del processo costitutivo sotto un profilo storico, non si può non rimanere colpiti da una coincidenza; e cioè che tale elaborazione, sul piano processuale, si inizia in corrispondenza con la individuazione e l'analisi, sul piano sostanziale, di una situazione giuridica soggettiva, anteriormente mai considerata con carattere di autonomia, ma che ben presto acquistò una grande rilevanza nel quadro della teoria generale delle posizioni del soggetto: quella situazione giuridica, cioè, il cui aspetto saliente è dato dalla circostanza per cui, mediante il suo esercizio, si produce una modificazione dello stato preesistente (*).

(*) Come è noto, il primo tentativo di delineare completamente i caratteri della nuova situazione giuridica soggettiva, da parte utilizzando notevoli spunti della dottrina inamabilmente anteriore, è dovuto allo ZITLHARDT (Internationale Privatrecht, Leipzig 1898, vol. II, pag. 110, 111 ss.), cui anche risale la prima denominazione della situazione giuridica nuova: *das Recht des rechtlichen Kinnes*.

I tempi di applicazione del nuovo concetto furono, ben presto, assai numerosi e vari; il processo del processualista, a questo proposito, non può non essere subito alla teoria dell'azione formulata da COENIGS, la quale, appunto, come sopra si, ha per propria fulve la sezione in esame.

All'inizio, la nuova situazione giuridica soggettiva si presentò con un carattere di autonomia non troppo marcato, nei confronti dell'antica tradizionale situazione giuridica: il diritto soggettivo. Essi, più che altro, fu originariamente delineata come una sottoparte di questa, come anche indica chiaramente sia la sua primitiva denominazione tedesca, come la sua successiva denominazione italiana: *diritto potestativo*. Malgrado ciò, la nuova situazione giuridica non fu avvertita senza contrasti da parte della dottrina, e non mancavano, anzi, non poche e non numerose resistenze all'accoglimento della sezione in esame; limitando le circostanze al campo del diritto processuale, che qui specificamente interessava, si ricorderà, ad esempio, la energica polemica di posizione di BODER (Atti) contraria all'attribuzione di diritto potestativo del carattere di situazione giuridica autonoma nei confronti del diritto soggettivo (La sezione civile, cit., pag. 110 ss.).

Comunque sia, l'opera dello ZITLHARDT consegnò l'idea di una elaborazione dottrinale del nuovo concetto individuato, la quale è stata assai tormentata e perseguita dagli interessi (vedila risolta direttamente nei suoi momenti ultimi da SAVI BIANCHI, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.: *Pareri, Pareri*, pag. 111 ss.).

Tale elaborazione pare lungi dall'essere conclusa, per quanto attualmente,

Probabilmente, non è senza una profonda ragione che la dottrina concentrasse l'attenzione, pressoché nello stesso lasso di tempo, su un nuovo tipo di processo, e su una nuova situazione giuridica, il cui svolgimento comporta la produzione di un effetto giuridico autonomo; comunque sia, e valutando l'evoluzione a posteriori, si deve riconoscere come fosse, in un certo senso, fatale, che si individuasse un collegamento tra l'una e l'altra. Tra le varie ragioni, che, senza dubbio, spinsero in tal senso, non si deve dimenticare, in particolare, l'orientamento generale secondo il quale la giurisdizione civile verterebbe su situazioni giuridiche soggettive del privato, e l'orientamento parimenti generale, secondo il quale la funzione giurisdizionale si esaurirebbe in un mero accertamento di situazioni giuridiche che

la dottrina, in genere, più non dubitò della scienza del potere, come una situazione giuridica autonoma (v. da ultimo: COENIGS, *Le situazioni giuridiche*, cit., pag. 119 ss.); come, però: COENIGS, *Pareri giuridici e diritto soggettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1908, pag. 100 ss.); infatti, e come d'altro, volgendo questi all'individuazione di principio, rimane sempre aperto il problema dei rapporti tra il potere, e il diritto soggettivo, e le soluzioni prospettate al riguardo la dottrina appaiono tutt'altro che concordi. Così, per esempio, secondo l'interpretazione svolta nel corso del processo stesso, anche il diritto soggettivo avrebbe un potere in senso lato, e si differenzerebbe dal potere in senso stretto, perché si consisterebbe nell'esercizio di un concreto rapporto (Savi Bianchi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., voce: *Pareri, Pareri*, pag. 100 ss.); è evidente come questa concezione costituire il completo accoglimento della posizione di potestà, secondo la quale è il potere (= diritto potestativo), che avrebbe una sottoparte del diritto soggettivo stesso.

Sotto qualche profilo, si avvicina alla teoria di Savi Bianchi, di recente, ALBERTI, il quale afferma che il diritto soggettivo è costituito da un potere, e da un lasso di poteri (L'ordinamento giuridico, cit., pag. 10).

Una valutazione a parte, per contro, va fatta di quelle tesi, secondo le quali il diritto soggettivo e il potere costituire situazioni giuridiche soggettive, aventi una diversa natura; così, per esempio, MARA, secondo il quale il diritto soggettivo sarebbe la «... particolare e autonoma posizione che l'ordinamento giuridico fa a un soggetto, assicurandogli determinati vantaggi in ordine a un bene per la tutela dei propri interessi...» (Principi di diritto amministrativo, cit., pag. 46), mentre il potere «... è una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico per produrre o consentire a produrre, un diritto o un comportamento volontario, una modificazione giuridica» (op. cit., pag. 47).

si svalgerebbero sul piano sostanziale in modo del tutto indipendente dal fenomeno processuale.

Comunque sia, il primo collegamento tra potere e processo costitutivo, con le sue inevitabili conseguenze per la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio di quest'ultimo, si trova già nello HELLWIG⁽⁷⁶⁾, ossia, come si è detto, nell'autore del primo tentativo di una costruzione completa del processo costitutivo stesso.

Secondo lo HELLWIG, si dovrebbero individuare due distinti gruppi di diritti potestativi, secondo i caratteri che a questa nozione erano stati attribuiti principalmente dallo ZITELMANN: il primo gruppo sarebbe costituito da quei diritti potestativi, che sono esercitati stragiudizialmente dal loro titolare, e al cui esercizio conseguirebbe immediatamente la modificazione giuridica tipica del diritto potestativo stesso; nel secondo gruppo, invece, andrebbero ricompresi quegli altri diritti potestativi, il cui esercizio si attuerebbe solo mediante una « ... in Wege der Klage abzugebende Erklärung des Berechtigten... », e il cui effetto conseguirebbe a questa « ... in Verbindung mit einem den herausstellenden Rechtsträger umfassenden Urteil... »⁽⁷⁷⁾.

A questa costruzione dello HELLWIG, si potrebbero rivolgere, anzitutto, quei rilievi di ordine generale, che concernono tutto l'orientamento volto a collegare il processo costitutivo con una situazione giuridica soggettiva tendente a provocare il verificarsi dell'effetto tipico del processo stesso.

Comunque, oltre a tali considerazioni di fondo, si può anche notare come la tesi in esame non possa apparire una soddisfa-

(76) *Anspruch und Klageverbot*, cit., pag. 311 ss.

(77) *Op. loc. cit.*, cit. E da avvertire che lo HELLWIG ritiene la distinzione riportata nel testo ai fini in cui il soggetto può provocare una modificazione giuridica, e ricerca propriamente l'appellativo coniato dallo ZITELMANN solo alla prima di tali ipotesi: lo HELLWIG, infatti, si richiama a questo proposito, al concetto di « *einzelnes Recht des rechtlichen Käufers* »; comunque, la terminologia che è usata nel testo, connota alla circostanza che successivamente la durata si è riferita a qualunque anche la situazione giuridica soggettiva di cui alla seconda ipotesi sono diritti potestativi: v. per tutti CASARANO, *Principi*, cit., pag. 311.

cente sistemazione della delicata e complessa materia, in quanto essa non chiarisce sufficientemente il rapporto in cui si porrebbero reciprocamente l'atto del privato (esercizio del potere), e l'atto dell'organo giurisdizionale (sentenza), nei confronti della produzione dell'effetto costitutivo.

Apparentemente, sembrerebbe che questi due atti fossero stati messi dallo HELLWIG un po' sullo stesso piano, in quanto parrebbe che fossero stati considerati ambedue come cause concorrenti paritariamente alla formazione di tale effetto; si può, però, dubitare a ragione della esattezza di questa tesi.

Conviene, qui, procedere per via di esclusione; si noterà, perciò, come le ipotesi che è possibile formulare, riguardo al meccanismo di produzione dell'effetto costitutivo, possano essere ridotte, sostanzialmente, a due: o l'effetto costitutivo trova la sua fonte nella legge, oppure esso consegue direttamente allo esercizio del potere da parte del privato, e alla emanazione della sentenza da parte del giudice. Nella prima ipotesi, nei confronti della produzione dell'effetto costitutivo, l'esercizio del potere, e la sentenza, sarebbero dei meri fatti giuridici; nella seconda ipotesi, invece, essi manterrebbero il carattere di veri e propri atti.

Lo HELLWIG, come si è visto, sembrerebbe inclinare verso questa seconda ipotesi; ma, è da osservare, non si vede come due atti giuridici possano concorrere paritariamente alla formazione di un unico effetto giuridico, senza collegarsi strettamente fra di loro; e, a questo proposito, si dovrebbe far ricorso alle nozioni di procedimento giuridico, di atto complesso, ecc.; tutte nozioni, comunque, che paiono chiaramente non utilizzabili, per delineare il rapporto con cui si pongono nei confronti della produzione dell'effetto costitutivo, l'esercizio del potere da parte del privato, e la sentenza del giudice.

Nè la costruzione dello HELLWIG appare maggiormente accettabile, ove si accolga, viceversa, la seconda ipotesi: quella, cioè, per cui l'effetto costitutivo scaturirebbe *ex lege*, rendendo

possibile, così, valutare l'esercizio del potere, e la sentenza, alla stregua di meri fatti giuridici; infatti, la definizione stessa di diritto potestativo, o di potere, qual dir si voglia, almeno secondo la dottrina dominante, pone l'accento, soprattutto, sulla circostanza per cui l'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva consiste nel porre in essere un atto giuridico⁽¹¹⁾; configurare, perciò, tale esercizio, come un mero fatto, in relazione all'effetto che in tal modo si produce, equivale, né più né meno, che a negare l'essenza stessa della nozione in parola⁽¹²⁾.

Invero, se si vuole salvare il carattere essenziale del diritto potestativo (e non potrebbe essere altrimenti, senza svuotare di contenuto il concetto), è necessario attribuire direttamente al suo esercizio, l'attuazione dell'effetto giuridico; e questo collegamento così stretto tra esercizio del potere, e produzione dell'effetto, deve essere mantenuto in ogni ipotesi, nella quale si vuole ravvisare la situazione giuridica soggettiva in esame. Di conseguenza, ove si voglia far discendere l'effetto specifico del processo costitutivo dall'esercizio di un potere da parte dell'attore, non si può non attribuire alla sentenza che conclude tale processo, un ruolo relativamente modesto, e in ogni caso assolutamente secondario, rispetto alla rilevanza che l'esercizio del potere stesso assume, per la produzione dell'effetto suddetto.

D'altro canto, si può anche far derivare l'effetto costitutivo direttamente dalla sentenza; ma, in questo caso, se non si vuole rinunciare ad imperniare tutto il processo del tipo in esame, su una situazione giuridica soggettiva, come il potere, è inevitabile delineare l'effetto che consegue dall'esercizio di quest'ultimo, come del tutto distinto da quello che consegue dalla pronuncia giurisdizionale.

⁽¹¹⁾ Per una esposizione delle varie definizioni di potere, secondo questo aspetto vincente, v. da ultimo: CASARON, *Le situazioni giuridiche, ecc.*, cit., pag. 233 ss., il quale, peraltro, sceglie una nozione di potere più ampia di quella inquadra nel testo.

⁽¹²⁾ Cf. gli acuti rilievi di FERRI, *Proteste generali alla dottrina della autonomia privata*, in *Riv. dir. proc. cit.*, 1932, pag. 347, 348.

È bene notare subito che le due possibilità indicate non escludono affatto il frutto di mere esercitazioni accademiche, tendenti a trovare, su un piano del tutto astratto, e procedendo per esclusione, la difficile soluzione di un complesso problema dai molti termini; al contrario, queste due ipotesi non sono altro che altrettante vie, che la dottrina ha battute, nel tentativo di trovare una soddisfacente sistemazione della delicata tematica relativa al processo costitutivo.

L'impostazione, da cui scaturiscono tali possibili alternative, è la diretta conseguenza dell'orientamento di fondo della dottrina di gran lunga dominante: tale dottrina, successivamente allo HELLWIG⁽¹³⁾, e fino al giorno d'oggi⁽¹⁴⁾, ha mantenuto fermo il collegamento tra processo costitutivo, e potere del privato volta a provocare la modificazione giuridica corrispondente. Non solo, ma è da notare che l'esattezza di questo collegamento è stata riconosciuta perfino da chi ha negato l'esistenza del processo costitutivo e del diritto potestativo, come autonomo tipo di processo, e di situazione giuridica soggettiva⁽¹⁵⁾: segno, questa, veramente indicativa, della profondità di radici che la tendenza ha preso in dottrina, senza che, peraltro, essa appaia obiettivamente giustificata, come meglio si vedrà in seguito.

Comunque, impostando il problema nei termini accennati, è chiaro che il *pactum aduati* viene ad essere costituito dall'in-

⁽¹³⁾ Vedi, soprattutto: Commenta, *Principi*, cit., pag. 188 ss.

⁽¹⁴⁾ Tra le affermazioni più recenti del collegamento tra processo costitutivo e potere del privato, v., sia pure in vario senso: SACCI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 300; ANTONI, *L'ordinamento giuridico*, ecc., cit., pag. 104.

⁽¹⁵⁾ Si allude alle posizioni di SACCI (SACCI), il quale nega l'esistenza del processo costitutivo come un tipo autonomo di processo, ma ritiene che, se si sceglie in tal senso, una situazione realizzata con articolo, contratto e...privilegio, se non in quanto, avrebbe un privato il semplice diritto ad un determinato effetto giuridico, l'ordinamento giuridico non permette che questo effetto si produca, senza una pronuncia del giudice (la sentenza civile), cit., pag. 105. E da dire, senza una pronuncia del giudice (la sentenza civile), cit., pag. 105. E da dire, senza una pronuncia del giudice, si riferisce al diritto costitutivo al suo effetto, e non ad un diritto potestativo, in quanto, come è noto, tale essere non implica l'esistenza del diritto potestativo, come situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto soggettivo; sul punto, v., infra, la nota II.

individuazione del rapporto che intercorre tra esercizio del potere da parte del privato, ed emanazione della sentenza da parte del giudice; ossia, dalla determinazione dei ruoli che l'uno e l'altra giocano, in relazione alla produzione dell'effetto tipico del processo in parola. Si tratta di un problema, la cui rilevanza appare addirittura assorbente di fronte ad ogni altro che sorge sul tema, giacché dalla sua soluzione dipendono i lineamenti che si devono attribuire all'intero processo costitutivo; stupisce, perciò, che talvolta l'importanza del problema stesso sia stata sottovalutata⁽⁷⁷⁾. Ad ogni modo, e malgrado ogni dichiarazione esplicita al riguardo, il miglior angolo visuale per considerare l'evoluzione dottrinale che si deve registrare sul tema in esame, è, appunto, costituito da una valutazione delle soluzioni che volta a volta sono state date al problema indicato, e ciò, proprio per il carattere preminente di questo; ed è in tal modo, che si può rilevare come ambedue le alternative che sono state precedentemente delineate, siano state adottate, in effetti, da altrettante correnti dottrinali.

Posteriormente allo HELLWIG, in una prima fase dell'evoluzione in esame, la tendenza dominante si orientò nel senso di far derivare, nel processo costitutivo, l'effetto tipico di questo, dall'esercizio di una situazione giuridica attiva dell'attore. È appena il caso di notare come questa accentuazione della rilevanza di tale situazione giuridica, nello svolgimento del processo costitutivo, si armonizzi perfettamente, ed anzi, appaia la logica applicazione dell'orientamento generale, più volte ricordato, se-

(77) Si veda, in proposito, il passo di CROSTIGNA, nel quale tale autore, dopo aver sostenuto che, nel processo costitutivo, la modificazione giuridica consegue alla domanda giudiziale, e alla sentenza del giudice, afferma, inoltre, che «...non possono far sorgere questioni di preminenza fra queste cause concorrenti» (Principi, cit., pag. 113); questa frase di CROSTIGNA è stata ripresa addirittura, in seguito, da SACCI, Della tutela, cit., cit., pag. 104. Viceversa, sembra che una analisi sul punto è necessaria, perché, poiché essa porta al risultato di mostrare che non è possibile delineare i rapporti tra le varie cause concorrenti, l'intera costruzione appare inavvertitamente.

come il quale l'attività giurisdizionale si esaurirebbe in un mero accertamento di situazioni giuridiche, di per sé preesistenti all'intervento del giudice.

Ad ogni modo, la tesi indicata è stata sostenuta, a tacerne di altri nomi, dal ROCCO⁽⁷⁸⁾, e dal CHIOVENDA⁽⁷⁹⁾; non può stupire, perciò, che essa abbia improntato di sé un intero periodo della faticosa elaborazione dottrinale del delicato tema, e talvolta sia sostenuta ancor oggi⁽⁸⁰⁾, malgrado le profonde valutazioni che si sono avute sull'impostazione stessa del problema.

(77) La sentenza civile, cit., pag. 144 ss.

(78) Principi, cit., pag. 111 ss. La questione, comunque, sembrerebbe avere una rilevanza solo teorica; invece, di essa si sono avuti casi, di recente, anche in giurisprudenza: una sentenza della Suprema Corte, infatti, ha aderito alla tesi del CROSTIGNA, per trarre le seguenti conclusioni: l'oggetto del giudizio è costituito dall'esistenza del potere del privato di modificare la situazione giuridica; il fatto che costituisce la ragione della modificazione (nella fattispecie: il dolo, nel caso dell'annullamento del contratto), si pone solo come il fatto costitutivo di tale potere; perciò, la cosa giudicata si forma solo sulla esistenza del potere, e non anche sulla esistenza del fatto stesso, la quale può essere di nuovo contestata in un successivo giudizio tra le stesse parti (Cass., 4 maggio 1951, n. 1497, in Giur. it., 1952, I, I, 101). Le conclusioni che tale sentenza ha tratto dalla premessa, si trovano pienamente concorrenti; esse, infatti, concordano perfettamente con quanto si è venuti dicendo nei lineamenti da attribuire al fenomeno della pregiudizialità, nella nozione di oggetto del giudizio, nei limiti oggettivi del giudice; anzi, tale sentenza si discosta dal generale orientamento giurisprudenziale, tendente ad allargare tali limiti obiettivi, come si è esposto nella prima parte del presente lavoro, in un modo tale che, si è detto, lascia sperare in un mutamento di giurisprudenza in proposito, quanto non auspicabile (cfr., supra, pag. 104 ss., e nota 117); tale, si può osservare come alla stessa conclusione si poteva giungere anche sulla base della tesi, secondo cui l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, è dato dalla situazione giuridica sostanziale da modificare; il problema sarà trattato diffusamente nel testo, in seguito; in de qua si può notare, però, in riferimento alla fattispecie derivata dalla sentenza citata, che anche se l'oggetto del giudizio è costituito dall'atto illegittimo, e, se si vuole, dalla illegittimità dell'atto, il vizio dell'atto non fa parte di tale oggetto, ma, al contrario, è oggetto di un accertamento meramente procedurale; e ciò perché il vizio stesso, inteso come la singola difformità dell'atto dal paradigma legislativo, si pone come la causa della stato di illegittimità, che si riferisce all'atto nella sua interezza (cfr., infra, pag. 105). Comunque, nel senso che, nel processo costitutivo, la modificazione giuridica è da ricollegarsi ad un potere della parte, v. ancora: Cass., 7 aprile 1954, n. 1021, in Giur. it., 1955, I, I, 113.

(79) ANTONI SACCI, dopo aver affermato che alla base del processo costitutivo vi è una situazione giuridica soggettiva del privato, sostiene che si pone

Può sorprendere la convergenza indicata, su un'unica posizione, di due autori, i quali, come è ben noto, partono da premesse di carattere generale presso a poco opposte: l'uno, il ROCCO, non solo nega l'autonomia del processo costitutivo come tipo di processo⁽¹⁸⁾, ma si manifesta anche fortemente critico nei confronti del diritto potestativo come situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto soggettivo, non ravvisando, in essa, una sufficiente caratterizzazione rispetto a questo⁽¹⁹⁾; l'altro, il CHIOVENDA, delineando autonomamente il processo costitutivo, trova in esso un'applicazione di quella nozione di diritto potestativo⁽²⁰⁾, la quale, come ognun sa, costituisce addirittura il cardine del suo intero sistema processuale.

Ad ogni modo, malgrado questa contrapposizione di posizioni di partenza, sia il ROCCO, che il CHIOVENDA, pongono a base del processo costitutivo una situazione giuridica, soggettiva del privato, la quale, è bene farlo rilevare subito, ha un carattere esclusivamente sostanziale; l'esercizio di questa situazione giuridica, è la fonte dell'effetto costitutivo, che si produce, sempre, sul piano sostanziale.

Discutere se tale situazione giuridica sia un diritto potestativo, oppure un potere d'azione, e non risolve il problema (Della nozione giurisdizionale, cit., pag. 204); ora, queste due alternative, pur che possano essere rivendicate la prima alla tesi di CASARETO e la seconda a quella di ALONSO, che sarà successivamente esposta.

⁽¹⁸⁾ *La scienza civile*, cit., pag. 164 ss.

⁽¹⁹⁾ La critica che ROCCO rivolge contro la nozione di diritto potestativo, quale già risultava dalla formulazione dello ZITMANN, è essenzialmente basata sul carattere di tale situazione giuridica, per cui a questa non corrisponde nessun obbligo da parte di altro soggetto (v., per la conferma di questo carattere, SARTI ROSSO, *Frammenti*, cit., pag. 120 ss.); ora, il ROCCO, partendo dal concetto secondo il quale il diritto regola rapporti intersubiettivi, nega a priori che possa esistere una situazione giuridica attiva di un soggetto, cui non corrisponda una situazione giuridica passiva di un altro soggetto; e, inoltre, analizzando quelle ipotesi che, precedentemente, erano state individuate dalla dottrina come esempi di diritti potestativi, rinvia anche in queste un obbligo da parte di un altro soggetto, pretendendo, così, pervenire alla conclusione che manca una differenziazione sostanziale tra diritto potestativo e diritto soggettivo in senso stretto (*La scienza civile*, cit., pag. 164 ss.); è appena il caso di osservare come attualmente l'impostazione del ROCCO è ormai completamente superata.

⁽²⁰⁾ *Principi*, cit., pag. 131 ss.

Però, perchè tale effetto si produca, è necessario l'intervento del giudice, volto ad accettare la situazione giuridica soggettiva al cui esercizio consegue l'effetto costitutivo; la pronuncia giurisdizionale, la quale, come si è visto precedentemente⁽²¹⁾, avrebbe carattere di mero accertamento, svolgerebbe, in ogni caso, un ruolo del tutto secondario nella produzione dell'effetto; e, anzi, il CHIOVENDA, a questo proposito, si richiama espressamente alla nozione di fatto giuridico⁽²²⁾.

In sostanza, secondo la tesi in esame, si avrebbe un atto giuridico (esercizio del potere da parte del privato), volto a produrre un determinato effetto, il quale, peraltro, non si produce, se non interviene un accertamento giurisdizionale del potere stesso; accertamento, il quale, per tale ragione, funzionerebbe un po' come una *condicio iuris*.

D'altro canto, non si deve dimenticare che, in ogni caso, la legge ricollega sempre la produzione dell'effetto costitutivo alla sussistenza di determinati presupposti, di carattere oggettivo; per esempio, nell'ipotesi che qui specificamente interessa, e cioè quella dell'annullamento di un atto, la legge in tanto ammette tale annullamento, in quanto l'atto sia illegittimo.

Ora, pur facendo derivare direttamente l'effetto costitutivo dall'esercizio di una situazione giuridica soggettiva, non si può trascurare di sistemare adeguatamente anche tali presupposti; la soluzione che appare preferibile, al riguardo, è quella per cui essi condizionerebbero l'esistenza del potere di annullare; oppure, più esattamente, se si aderisce a quella nozione di potere giuridico qui accolta⁽²³⁾, e alla quale abbiamo fatto assai di frequente riferimento, tali presupposti condizionerebbero l'efficacia dell'esercizio di tale potere, di per sé preesistente al verificarsi delle singole fattispecie, in relazione alle quali esso viene esercitato.

⁽²¹⁾ *Vedi, supra*, pag. 224 ss.

⁽²²⁾ *Principi*, cit., pag. 132.

⁽²³⁾ *Vedi, supra*, pag. 86, 87.

Volendo trarre le conclusioni sul tema che qui specificamente interessa, dalla tesi esposta relativamente ai caratteri del processo costitutivo, si deve osservare che, in tale processo, l'oggetto del giudizio consiste nell'esistenza del potere del privato di annullare l'atto, oppure, più esattamente, nell'efficacia del suo esercizio nella singola fattispecie. Per tale ragione, dovrebbero essere considerati come meramente pregiudiziali quegli accertamenti, che vertono su quei requisiti, la cui sussistenza condiziona l'esistenza, o l'efficacia dell'esercizio, del potere suddetto. Applicando tale considerazione all'ipotesi in esame, si dovrebbe considerare come meramente pregiudiziale l'accertamento relativo alla legittimità dell'atto amministrativo impugnato.

Valutando criticamente la tesi, che comporta per il nostro tema delle conseguenze così stridenti con quanto precedentemente sostenuto, si può rilevare, anzitutto, come essa presupponga l'esistenza di una situazione giuridica di carattere sostanziale, col cui esercizio si potrebbe produrre la modificazione tipica del processo costitutivo; ora, per un verso, tale ipotesi non porta nulla che giovi a chiarire l'esistenza di un'esigenza di rinvenire una situazione giuridica del genere alla base del processo costitutivo: sotto questo profilo, resta ancora aperto il problema della necessità di un collegamento tra processo costitutivo, e situazione giuridica soggettiva dell'attore.

D'altro canto, la tesi in esame, non fornisce nessun elemento neppure per la dimostrazione dell'effettiva esistenza di tale situazione giuridica, nel processo costitutivo stesso.

Pur affermando che, in ogni caso, tale effettiva esistenza andrebbe rigorosamente dimostrata, si può ammettere, comunque, che, almeno in via di principio, non vi siano ostacoli a ravvisare una situazione giuridica, avente i caratteri delineati dalla tesi in esame, almeno in qualche ipotesi privatistica di processo costitutivo: si pensi, soprattutto, ai casi di processo di annullamento, rescissione, e risoluzione di contratti.

Ma, sempre rimanendo nell'ambito del diritto civile, prima ancora di chiarire col ragionamento, si intrinsece che non si può armonizzare col sistema, la configurazione di un potere del privato, di carattere sostanziale, al cui esercizio conseguirebbe l'annullamento di un atto dell'importanza e della solennità, peraltro, del matrimonio⁽⁷²⁾.

La questione, comunque, può essere lasciata impregiudicata, per quel che riguarda il diritto privato, giacché, evidentemente, in questa sede non si vuole certo fare della teoria generale del processo costitutivo. Limitando tale ordine di rilievi, per questa ragione, alla sola ipotesi che qui specificamente interessa, lo spunto critico accennato pare, peraltro, ancora maggiormente fondato.

Infatti, nessuno dei caratteri che, secondo le varie teorie volta a volta sostenute in dottrina, andrebbero attribuiti all'atteggiarsi sul piano sostanziale della posizione giuridica del privato, nei confronti dell'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, nessuno di questi caratteri, dunque, lascia intravedere la possibilità di individuare un potere (sostanziale) del privato, di annullare l'atto amministrativo illegittimo, riducendo, così, la funzione della giurisdizione amministrativa, a quella del mero accertamento dell'esistenza di un potere del privato, di per sé idoneo a determinare la caducazione dell'atto impugnato, dell'efficacia del suo esercizio, e del conseguente verificarsi di questo suo effetto tipico.

Non solo, ma tutti i caratteri che sono stati attribuiti all'atteggiarsi della posizione del privato tendono ad escludere tale possibilità. Infatti, se si delinea questo atteggiarsi secondo la nozione dell'interesse legittimo, e cioè come la risultante di un vincolo apposto all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, si viene implicitamente a negare che la situazione giuridica in parola abbia un carattere attivo, come,

⁽⁷²⁾ Per questo rilievo cfr. alla tesi di Cassano, v. i. *Il diritto amministrativo*, cit., pag. 103, 104.

per esempio, il potere, oppure, se si vuole, il diritto soggettivo.

Per tale ragione, comunque si voglia delineare il processo costitutivo civile, nel processo amministrativo l'effetto costitutivo non può essere fatto derivare dall'esercizio di un potere di natura sostanziale del ricorrente: e ciò, a pena di sconvolgere completamente tutti i lineamenti dell'atteggiarsi della posizione sostanziale del privato, nei confronti dell'attività amministrativa.

Le considerazioni che precedono, sembrano sufficienti per escludere l'applicabilità al processo amministrativo della teoria del ROCCO e del CHIOVENDA sopra esposta.

Si apre, così, la possibilità, almeno sotto un profilo teorico, che debbano essere delineati diversamente i caratteri del processo costitutivo civile, e quelli del processo amministrativo; e ciò, con particolare riguardo al contenuto del rispettivo oggetto del giudizio. Si vedrà, successivamente, come sia possibile, in ogni caso, rinvenire nei due processi suddetti un tale numero di caratteri comuni, che si può determinare, nelle due ipotesi, il relativo oggetto del giudizio, in modo che esso non presenti delle essenziali contrapposizioni, almeno se lo si considera da un punto di vista esclusivamente processuale, il quale, del resto, è l'unico che in questa sede conti veramente.

Ma anche se così non fosse, non pare che l'individuazione di essenziali differenziazioni al riguardo, debba essere considerata come un ostacolo, per la costruzione del processo costitutivo nel modo più conforme alle particolarità proprie della materia sulla quale esso insiste.

Si ripropone qui il problema di carattere metodologico, che già più di una volta è affiorato nel corso del presente lavoro: quello dei rapporti tra teoria del processo civile, teoria del processo amministrativo, e teoria generale del processo.

L'occasione per riprendere adesso tale problema, è offerta da un vivace spunto di ALLORIO. L'illustre autore sostiene che alla base del processo costitutivo vi è un potere del privato; la

sua tesi, però, si differenzia notevolmente da quella del CHIOVENDA, sopra esposta, giacchè accoglie la seconda delle possibilità precedentemente indicate; di essa, comunque, si dirà tra breve. Ad ogni modo, l'ALLORIO, sostenendo su un piano generale la validità della tesi suddetta, ne afferma l'applicabilità anche al processo amministrativo, e rileva come non possa costituire un ostacolo sufficiente a tale applicabilità, la circostanza che la tesi in esame urti contro la tradizionale concessione dell'interesse legittimo; che, anzi, i caratteri di questo dovrebbero adeguarsi a quello che risulta essere l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, sulla base dell'accoglimento della tesi stessa (*).

Prescindendo, per il momento, da ogni considerazione relativa alla fondatezza dell'opinione proposta, si può notare, anzitutto, come, nei limiti in cui la sua applicabilità al processo amministrativo discende dalla tendenza ad impostare in modo unitario il problema del processo costitutivo, in ogni sua manifestazione nei vari rami del diritto processuale, essa appare gravemente compromessa.

Non sembra possibile, infatti, costruire un principio generale, se non sulla base delle analisi delle particolarità di ogni singolo tipo di processo; e questa considerazione appare tanto più puntuale, in quanto, dato l'attuale profondo squilibrio tra la maggiore elaborazione della dottrina del processo civile e le più superficiali elaborazioni delle dottrine degli altri processi, ogni principio generale avanzato nel diritto processuale, molto spesso, non è altro che la formulazione in termini generali di un principio, la cui validità è dimostrata, tutt'al più, per il solo processo civile.

Per tali ragioni, se, per avventura, fosse dimostrato che nel processo costitutivo civile sarebbe da ravvisarsi, anzitutto, un potere del privato di provocare la modificazione giuridica corrispondente, questo risultato, di per sé, non può essere apriori-

(*) *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 111.

aticamente applicato anche al processo amministrativo; per la costruzione secondo uno schema unitario del processo costitutivo civile e del processo amministrativo, sarebbe necessaria, in ogni caso, una dimostrazione della effettiva esistenza nel processo amministrativo, di quel potere della parte, che fosse stato rinvenuto nel processo costitutivo civile, esistenza che, per il momento, pare sia solo presupposta.

D'altra parte, una dimostrazione del genere pare quanto mai problematica: in primo luogo, infatti, essa dovrebbe portare alla demolizione dell'intera lunga e complessa elaborazione della situazione giuridica del privato, nei confronti della pubblica Amministrazione, che è stata compiuta dalla dottrina amministrativistica; e ciò, perchè non si vede come, nella nozione di interesse legittimo che ne è risultata, possa ricomprendersi il potere di annullamento dell'atto amministrativo da parte del privato, potere svolgentesi, come si è detto, sul piano sostanziale, e ognuno vede come sia difficile scardinare una elaborazione, la quale, peraltro, manifesta la sua solidità sotto diversi profili; questa considerazione, inoltre, è tanto più importante, in quanto il meccanismo del processo amministrativo può essere benissimo spiegato, come qui si tenta di fare, anche senza ricorrere alla configurazione di un potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato.

Ma l'argomento di portata maggiore, sulla cui base si può escludere l'esistenza di un potere del genere nel processo amministrativo, anche se, per avventura, esso fosse da rinvenirsi nel processo costitutivo civile, può dedursi dalla diversità di natura delle situazioni giuridiche soggettive le quali, direttamente o indirettamente, acquistano rilevanza, rispettivamente, nell'uno e nell'altro processo.

Infatti, nel processo costitutivo civile, come, in genere, nel processo civile di ogni tipo, non si può negare che la situazione giuridica soggettiva che gioca il ruolo maggiore, è, sicuramente, il diritto soggettivo; e anche nei casi in cui l'oggetto del giu-

dizio nel processo civile non è il diritto soggettivo, pare che esso, in qualche modo, su tale oggetto, manifesti sempre qualche riflesso. Ora, poichè il diritto soggettivo, per definizione, è una situazione giuridica del privato, la quale trova una tutela diretta da parte dell'ordinamento, questo suo carattere potrebbe anche armonizzarsi con un potere del privato, il cui esercizio incidesse direttamente su atti giuridici, che si riferissero al diritto stesso.

Diversamente, però, è da delinearsi il fenomeno per il processo amministrativo: qui, infatti, l'unica situazione giuridica soggettiva la quale, in un certo senso, può essere collegata al processo, ha la consistenza dell'interesse legittimo; una situazione giuridica, cioè, che riceve indirettamente una tutela, che concerne direttamente un diverso interesse, di carattere preminente, ed appartenente a diverso soggetto; ora, non si vede come si possa armonizzare questa natura dell'interesse legittimo, con un potere, spettante al suo titolare, di annullare l'atto che su tale interesse incidesse; infatti, se tale potere esistesse, col suo esercizio si verrebbe direttamente a disporre di quell'altro interesse, avendo carattere preminente, e di altro soggetto; è molto più conforme al sistema, notare come, se un potere di annullare l'atto amministrativo illegittimo sia da rinvenirsi, questo deve spettare non al soggetto titolare dell'interesse protetto solo di riflesso, ma, se mai, al soggetto titolare dell'interesse protetto direttamente, e cioè alla pubblica Amministrazione; sotto questo profilo, acquistano una particolare rilevanza e il potere di annullamento d'ufficio (di autotutela) dell'Amministrazione, e la circostanza per cui l'organo giurisdizionale, che può annullare l'atto illegittimo, è inquadrato nella stessa organizzazione amministrativa.

Ad ogni modo, pare che manchino le basi stesse per una costruzione unitaria dei processi costitutivi civile ed amministrativo, nel senso di rinvenire anche in quest'ultimo un potere del soggetto di provocare la modificazione giuridica corrispon-

dente, in quanto l'esistenza di tale potere sembra da escludersi, o comunque da considerare come non essenziale, pure nel processo civile.

Le teorie fino ad ora esaminate, non pare che abbiano apportato elementi decisivi nel senso di rinvenire tale potere nel processo civile; nè tali elementi sembrano deducibili dalla tesi che accoglie la seconda della possibilità precedentemente indicate; quella tesi, cioè, che è sostenuta, da ultimo, anche da ALLORIO.

Secondo tale tesi, nel processo costitutivo, l'effetto tipico di questo deriverebbe senz'altro dalla sentenza; sotto questo profilo, l'opinione in esame pare perfettamente in armonia con i più recenti orientamenti in tema di attività giurisdizionale, e della natura del provvedimento mediante il quale questa viene esplicita (**).

D'altra parte, come si è già visto, il collegamento diretto tra sentenza costitutiva ed effetto costitutivo, implica l'esclusione dalla produzione di quest'ultimo, di ogni concorso dell'esercizio di un potere da parte del privato.

Se l'esistenza di questo potere vuole essere rinvenuta, malgrado tutto, alla base del meccanismo del processo costitutivo, l'effetto che si produce in seguito al suo esercizio non può non essere completamente distinto da quello che consegue dalla sentenza costitutiva, come già si è rilevato.

Secondo la tesi in esame, l'effetto dell'esercizio del potere del privato, consisterebbe, appunto, nella creazione di un dovere per il giudice, di pronunciare la sentenza costitutiva richiesta dall'attore.

Anche la tesi in esame, come quella del CROVENDA, prece-

(**) Può stupire che sia tratta una conseguenza del genere da una tesi di AZARON, il quale, come sopra si, sostiene il rigoroso carattere di accertamento della funzione giurisdizionale; ma, d'altra parte, tale conseguenza appare inevitabile, giacchè, se l'esercizio del potere del privato produce l'effetto di creare per il giudice il dovere di emanare la pronuncia costitutiva, l'effetto costitutivo tipico del processo di cui si tratta non può non derivare che dalla pronuncia stessa.

dentemente esposta, pone l'accento su un potere del privato, per spiegare il meccanismo del processo costitutivo; ma queste due tesi presentano, per altro verso, delle profondissime differenze, che è bene segnalare.

Il potere del privato, secondo CROVENDA, si svolgerebbe unicamente sul piano del diritto sostanziale; secondo l'altra tesi, invece, esso inciderebbe sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, determinando direttamente l'attività del giudice.

In corrispondenza di tale diversità, se ne può rilevare un'altra: il potere del privato, secondo il CROVENDA, nulla ha a che vedere col potere di azione. Si tratterebbe di un potere, che sarebbe da ravvisarsi solo nel processo costitutivo, ma che non potrebbe in alcun modo essere confuso con quel potere, che esiste nel processo costitutivo, come in ogni processo, mediante il cui esercizio il soggetto fa valere una data situazione giuridica sostanziale (**).

Viceversa, secondo l'altra tesi, il potere del privato, poiché si estrinseca nella creazione del dovere del giudice di emanare il provvedimento richiesto dell'attore, in nulla si differenzia, sostanzialmente, dal generico potere d'azione, e, a questo si attribuisca un contenuto concreto. È appena il caso d'osservare, d'altra parte, come, in tal modo, si svuoti completamente il problema della determinazione dei caratteri peculiari del processo costitutivo, giacchè il potere del privato, in base al quale si dovrebbe spiegare il particolare meccanismo di questo, non differisce da quel potere, che si dovrebbe ravvisare nel processo di ogni tipo.

Una conferma, se pur ne fosse bisogno, della validità di questa conclusione, può essere trovata nella circostanza per cui

(**) Cfr., però, i citati del SERRA, che critica il CROVENDA, sostenendo che, secondo la tesi affermata da questo autore, il diritto privativo che sarebbe alla base del processo costitutivo, e il « diritto alla sentenza favorevole », sostanzialmente coinciderebbero (Premesse generali, cit. cit., pag. 107). Sembra, invece, essere inammissibile (Premesse generali, cit. cit., pag. 107) la tesi di AZARON che secondo la teoria del CROVENDA la distinzione sopra del SERRA sia ancora più marcata, mentre con il contrario, si parla del tutto nella posizione di Azaron.

i vari autori, che sostengono che alla base del processo costitutivo vi è un potere del privato, di creare il dovere per il giudice di emanare la sentenza costitutiva richiesta dall'attore, definendo tale potere, con i medesimi caratteri che gli stessi autori attribuiscono al potere d'azione.

Così, per esempio, talvolta il potere suddetto del privato, è stato ricompreso nell'ambito del c.d. « diritto giudiziario-sostanziale »⁽⁷⁷⁾; e chi si è espresso in tal senso, risolve, appunto, la problematica dell'azione, ricorrendo a nozioni corrispondenti⁽⁷⁸⁾, secondo la nota teoria di GOLDSCHMIDT⁽⁷⁹⁾, la quale, peraltro, non ha attualmente troppo seguito in dottrina⁽⁸⁰⁾.

Ma anche secondo la più recente riaffermazione della tesi in esame, la quale, come si è detto, è dovuta ad ALORZO⁽⁸¹⁾, il potere del privato che starebbe alla base del meccanismo del processo costitutivo è delineato con gli stessi caratteri che il medesimo autore attribuisce al potere d'azione in senso concreto: il potere, cioè, di creare il « ... dovere del giudice di pronunciare, sulla controversia, sentenza favorevole all'assunto di chi ha proposto la domanda »⁽⁸²⁾.

Una volta individuata la coincidenza tra potere del privato così inteso, che starebbe alla base del meccanismo del processo costitutivo, e potere d'azione, non occorre, evidentemente, spendere troppe parole per negare l'esistenza del primo: sarà, infatti, sufficiente richiamare qui in toto le considerazioni precedentemente svolte sulla inutilità della nozione di azione in senso

(77) Così, BENVENUTI, *I limiti obbligatorii*, cit., pag. 184, 186.

(78) Op. cit., cit., pag. 32 ss.

(79) Vedi soprattutto: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925; nello stesso ordine di idee, v., successivamente: NITZ, *Doppeljurisdictionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1928.

(80) Cf., da ultimo, i rilievi critici di AZAMON, *L'ordinamento giuridico*, cit., cit., pag. 118 ss.; v. anche, per riferimenti: BENVENUTI, *L'azione*, cit., pag. 208, nota II.

(81) *L'ordinamento giuridico*, cit., cit., pag. 124.

(82) *L'ordinamento giuridico*, cit., cit., pag. 12.

concreto, sia su un piano generale⁽⁸³⁾, come per quel che riguarda specificamente il processo amministrativo⁽⁸⁴⁾.

A conclusione di questa rapidissima escursione sulle varie teorie che sono state sostenute a proposito del processo costitutivo, pare, dunque, che si debba negare l'esistenza, o, quanto meno, la necessità dell'esistenza di un collegamento tra tale tipo di processo, e un potere del privato, al cui esercizio sarebbe da ricondurre la modificazione giuridica tipica del processo stesso; e ciò, sia se questa riconduzione sia affermata come immediata, in quanto il potere la provocherebbe immediatamente, svolgendosi sul piano sostanziale, come se essa sia delimitata, al contrario, solo in modo mediato, in quanto il potere stesso mirerebbe unicamente a creare per il giudice il dovere di pronunciare la modificazione in parola.

Nel processo costitutivo, come in ogni altro tipo di processo, l'unico potere del privato che è dato rinvenire, è il c.d. potere astratto di agire, o, secondo i casi, di ricorrere, che va delineato con quei caratteri precedentemente indicati⁽⁸⁵⁾. In particolare, l'esercizio di tale potere è il presupposto, perchè la funzione giurisdizionale possa e debba essere esplicata nel merito della domanda.

Nel caso del processo costitutivo, tale funzione giurisdizionale viene esplicata mediante l'emissione di un provvedimento, che ha carattere costitutivo, nel senso che esso rappresenta l'atto, da cui consegue la modificazione giuridica tipica del processo stesso. E in ciò è da ravvisarsi la differenziazione del processo costitutivo, dai processi di altro tipo.

Piuttosto, tale differenziazione può essere un indizio che non esiste un unico potere astratto di agire, ma, al contrario, che ne esistono tanti, quanti sono i tipi di processo previsti e regolati in un dato ordinamento. Secondo quale di questi poteri

(83) Cf., supra, pag. 188 ss.

(84) Cf., supra, pag. 214 ss.

(85) Cf., supra, pag. 10 ss.

è, in effetti, esercitata dal privato, la funzione giurisdizionale viene esplicata nel merito della domanda, mediante l'emana- zione di un provvedimento decisivo, avente la natura corri- spondente al tipo di tutela giurisdizionale richiesto: di accerta- mento, di condanna, costitutivo (*).

S'intende, che anche nel processo costitutivo (e, eviden- temente, non potrebbe essere altrimenti), l'emanazione del prov- vedimento richiesto dall'attore, o dal ricorrente, è subordinata dalla legge alla sussistenza di una determinata situazione giu- ridica sostanziale; quella situazione giuridica sostanziale, la cui esistenza è, appunto, affermata dall'attore stesso.

Per quanto essa si presenti come assai problematica, sotto parecchi profili (**), non si può, comunque, negare a priori la

(*) Non è il caso di esaminare in questa sede le conseguenze che si po- sono trarre dalla spunta di cui nel testo, per delineare dogmaticamente il nota diritto di proporre davanti al giudice ordinario un'azione costitutiva nei confronti dell'atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo perfetto, e di proporre da- vanti al giudice amministrativo un'azione che non sia rivolta ad ottenere l'annulla- mento dell'atto lesivo di un interesse legittimo.

Comunque, si può rilevare, dal testo incidentalmente, come le limitazioni suddette appaiono essere di natura del tutto diversa.

Per quel che riguarda la giurisdizione civile, infatti, poiché tale giurisdizione si esplica normalmente mediante l'emanazione di sentenze di tutti i tipi, il diritto di proporre azioni costitutive sembra potersi spiegare come una limitazione ap- posta all'esercizio del potere astratto del soggetto, cui corrisponde quel tipo di tu- tela giurisdizionale, che si esplica mediante provvedimenti costitutivi; limitazione appunto all'esercizio di tale potere, nei confronti degli atti amministrativi.

Per contro, per quel che concerne la giurisdizione amministrativa, poiché questa, si direbbe istituzionalmente, si esplica mediante l'emanazione di pronunce costitutive, sembra che l'impossibilità per il privato di ottenere una tutela di altro tipo debba essere collegata non già con una limitazione all'esercizio di un potere astratto di ricorso, ma, addirittura, con una mancanza del potere stesso; cioè, nei confronti della giurisdizione amministrativa, a differenza della giurisdizione ordi- naria, al soggetto può spettare solo un potere astratto di ricorso, cui corrisponde quel tipo di tutela giurisdizionale, che viene esplicita mediante l'emanazione di pronunce costitutive.

(**) Per esempio, ammettendo la possibilità della ipotesi di cui nel testo, non si riesce ad individuare un caso di esercizio del potere di carattere sostanziale, distinto dall'atto di esercizio del potere astratto di agire (citazione, ricorso); per cui, invece, l'atto di esercizio di questo secondo potere, dovrebbe necessariamente considerarsi anche come atto di esercizio del primo; è appena il caso di

possibilità che, in alcune ipotesi, specie privatistiche, il presup- posto suddetto sia costituito da una manifestazione di volontà del soggetto, di carattere sostanziale, di valere la modificazione giuridica, che è richiesta al giudice mediante l'esercizio del potere astratto di agire; e ciò, malgrado la evidente artificialità di una duplicazione di atti del privato, tendenti ad un unico risultato, sul piano sostanziale, e sul piano processuale. Ad ogni modo, una manifestazione di volontà del genere deve essere de- lineata come l'esercizio di un potere, il quale, però, si presenta con caratteri ben diversi da quello che sarebbe da ravvisarsi nel processo costitutivo, secondo le teorie del CROVENDA e dell'AL- LONSO; infatti, l'esercizio di tale potere non provocherebbe la formazione dell'effetto costitutivo, come sostiene il CROVENDA, neppure con l'intermediazione della sentenza, che dovrebbe fun- gere da *condicio iuris*, giacché tale esercizio sarebbe solo il presupposto necessario, perché venga pronunciata la sentenza stessa, alla quale si ricollegerebbe esclusivamente l'effetto co- stitutivo medesimo. D'altro canto, il potere in parola si differen- zierebbe anche da quello che sarebbe da ravvisarsi nel processo in esame, secondo la teoria dell'ALLONSO, in quanto esso, come si è già detto, si svolgerebbe unicamente sul piano sostanziale, e non inciderebbe minimamente sul problema dei rapporti tra diritto e processo.

Ma, a parte l'ipotesi sopra prospettata, la quale, del resto, lo si ripete, è di molto problematica verificaazione, sembra che, normalmente, i presupposti, alla cui sussistenza la legge vin- cola l'emanazione della pronuncia costitutiva da parte del giu- dice, abbiano carattere obbiettivo. E un esempio assai cospicuo di ciò, è proprio dato dal processo amministrativo, a proposito del quale, come si è visto, non è possibile rinvenire un potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto, giacché la individuazione di un potere del genere conterebbe contro i carat-

Per rilevare questa questa costruzione appare artificiosa (cfr. in questa senso: FERRARINI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 155, le note).

teri che si devono attribuire alla situazione giuridica sostanziale nel privato, nei confronti della pubblica Amministrazione⁽¹¹¹⁾.

Per tale ragione, sembra che meriti pienamente di essere ripresa la tesi, sostenuta sinteticamente dal SATTA, in uno scritto ormai non più troppo recente⁽¹¹²⁾; tesi, la quale, come è noto, è rimasta in dottrina del tutto isolata⁽¹¹³⁾ e, anzi, è stata fatta oggetto di vivaci critiche⁽¹¹⁴⁾.

Tale tesi, appunto, afferma il carattere obbiettivo dei presupposti cui è vincolata la pronuncia costitutiva del giudice; e, tra l'altro, si riferisce esplicitamente, al riguardo, all'inadempimento, all'incertezza, al vizio del rapporto.

Non si può indicare in via generale, comunque, quali siano, in concreto, i presupposti alla cui sussistenza la legge vincola la pronuncia costitutiva del giudice; tali presupposti, infatti, variano, in dipendenza delle diverse ipotesi di processo costitutivo. Nel caso previsto dall'art. 2932 cod. civ., per esempio, in cui il giudice pronuncia una sentenza che ha gli stessi effetti costitutivi di un contratto, alla cui stipulazione le parti si erano precedentemente obbligate, il presupposto di tale sentenza è, evidentemente, il preliminare.

Viceversa, nel caso in cui la pronuncia ha per effetto l'an-

(111) Contro, invece, GARNATI, il quale afferma la applicabilità anche al processo amministrativo, della teoria di CASARETO, relativa al processo costitutivo civile, e costruisce in modo corrispondente l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo stesso (La giurisdizione amministrativa, Milano 1958, pag. 58 ss.); cfr. anche: NINO, Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, pag. 238, 239; ARNASO, L'interesse ad agire, Padova 1955, pag. 265 ss.).

(112) Premesse generali, cit., cit., pag. 150.

(113) Cfr., però, GARNATI: « Si dà giurisdizione d'accertamento costitutiva quando l'esistenza della situazione giuridica giudizialmente dichiarata dipende dalla dichiarazione giudiziale, la quale ne forma perciò un fatto costitutivo » (Formismi del nuovo processo civile italiano, 2ª ed., Roma 1952, vol. I, pag. 34); da notare che nell'ultima edizione delle Istituzioni (3ª ed., Roma, 1956), il passo riportato è stato modificato, sostituendo « rapporto giuridico » a « situazione giuridica » (vol. I, pag. 33).

(114) Cfr., soprattutto: SANTI, Delle teorie giurisdizionali, cit., pag. 304; v. anche: ARNASO, L'ordinamento giuridico, cit., cit., pag. 304.

nullamento di un atto, non pare che occorra spendere molte parole, per dimostrare che il relativo presupposto è dato da quella qualità dell'atto, che ne provoca il suo annullamento: ossia, quella sua contrarietà alla norma, la quale, nel campo del diritto amministrativo, viene usualmente definita illegittimità.

E poichè, come è ovvio, l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo è dato da quei presupposti, alla cui sussistenza la legge condiziona la pronuncia costitutiva, possiamo ribadire la conclusione cui si era già precedentemente pervenuti: non pare dubbio cioè, che, nel processo amministrativo, l'oggetto del giudizio sia dato dalla questione di legittimità dell'atto impugnato.

• 25. Sulla base della conclusione di cui alla fine del precedente paragrafo, si può adesso procedere alla determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione della pregiudizialità nel processo amministrativo, valutando quest'ultima sotto un profilo meramente logico.

Secondo l'angolo visuale scelto nel presente lavoro, il fenomeno della pregiudizialità viene qui considerato nel suo manifestarsi nell'iter logico compiuto dal giudice. Si è già precedentemente esaminato, che, da questo punto di vista, il principio generale, in base al quale è possibile determinare il limite finale di tale fenomeno, è quello per cui la pregiudizialità ha termine là dove comincia l'accertamento giudiziale propriamente detto, e cioè l'accertamento che verte sull'oggetto del giudizio in senso tecnico. Ora, poichè si è visto che l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, è possibile tracciare una specificazione del principio generale anzidetto, in relazione al tipo di processo che qui interessa; ossia, è possibile affermare che, nel processo amministrativo, l'ambito della pregiudiziale arriva, senza, ovviamente, ricomprenderlo, fino all'accertamento della legittimità o della illegittimità dell'atto impugnato.

Questa sembra che sia la formulazione più precisa che si

può dare, in linea generale, del limite della pregiudizialità nel processo che ci interessa; la possibilità dell'indicazione di ogni ulteriore dettaglio al riguardo, pare, infatti, preclusa dalla infinita varietà di ipotesi che offrono, in concreto, le singole fattispecie.

Piuttosto, tale formulazione può essere maggiormente illustrata, con l'esposizione, almeno a grandi linee, del possibile oggetto degli accertamenti pregiudiziali (in senso logico); in altre parole, oltre all'indicazione meramente negativa dell'ambito di manifestazione della pregiudizialità nel processo amministrativo, indicazione ottenuta mediante la determinazione del limite finale di tale ambito, è anche possibile accennare a qualche spunto positivo, delincando il normale oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel tipo di processo che qui interessa.

Il punto di partenza di ogni considerazione al riguardo è offerto dalla banale, e, forse, inesatta, ma, comunque, qui sufficiente nozione istituzionale, che concerne i caratteri della strutturazione dell'*iter* intellettuale del giudice; nozione, come è noto, in base alla quale tale *iter* si modella secondo lo schema del sillogismo: premessa minore, premessa maggiore, conclusione.

In genere, si afferma comunemente, la premessa minore del sillogismo giudiziale è costituito dalla singola fattispecie concreta portata all'esame del giudice; tale fattispecie, nei suoi molteplici elementi, è ricostruita, a sua volta, mediante varie serie di altri sillogismi, variamente interferenti tra loro: sul punto, non resta che richiamare le considerazioni già precedentemente svolte al riguardo nella prima parte del presente lavoro⁽¹¹⁶⁾. Si ricorderà qui solo che le conclusioni di tutta questa miriade di sillogismi, si risolvono, in definitiva, in altrettanti accertamenti, preparatori di quello vertente sull'oggetto del giudizio, e che perciò, per questo motivo, hanno carattere pregiudiziale, almeno sotto un profilo meramente logico.

⁽¹¹⁶⁾ Vedi, *supra*, pag. 12 ss.

D'altra parte, è universalmente noto che la premessa maggiore del sillogismo giudiziale è costituita dalla norma di legge, da applicare alla fattispecie concreta previamente ricostruita⁽¹¹⁷⁾; e, come si è già precedentemente affermato⁽¹¹⁸⁾, anche tale norma è individuata, interpretata ed applicata, mediante una serie di sillogismi, nei confronti dei quali si può rilevare lo stesso carattere adesso visto: ossia, che le rispettive conclusioni si risolvono in altrettanti accertamenti logicamente pregiudiziali.

Resta ora da applicare questi criteri generali, al processo amministrativo. È ovvio, che la base per l'individuazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in questo processo, è data dall'individuazione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale propriamente detto, ossia dell'oggetto del giudizio in senso tecnico.

Se l'oggetto del giudizio è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, è evidente che l'accertamento della legittimità, o della illegittimità di questo, è il contenuto della conclusione del sillogismo del giudice amministrativo.

In base alle considerazioni che precedono, allora, la premessa minore di questo sillogismo, è costituita dall'atto amministrativo impugnato, valutato analiticamente nei suoi elementi; e la premessa maggiore, dalla norma alla cui stregua si deve giudicare della legittimità dell'atto stesso.

Per tali ragioni, si può già dare un generico contenuto all'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo; tale contenuto è costituito, anzitutto, dall'atto impugnato, e dai suoi singoli elementi, e dalla norma di legge, sulla cui base è possibile valutare la legittimità di questi.

Questa prima determinazione del contenuto dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, è

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., in proposito, le limpide parole di CALAMANDREI, *La genesi logica*, cit., pag. 3, 4.

⁽¹¹⁸⁾ Vedi, *supra*, pag. 14, 15 e 180 ss.

peraltro, largamente imprecisa: infatti, da un lato, ancora non è del tutto chiaro, quali siano gli aspetti dell'atto amministrativo, che debbano essere sottoposti all'accertamento da parte del giudice; e, d'altro canto, come meglio si vedrà successivamente, tale accertamento non verte solo sull'atto. Converrà, perciò, esporre con maggiore ricchezza di dettagli il contenuto in esame.

Si può partire, anzitutto, da una analisi più approfondita dell'oggetto di quegli accertamenti, mediante i quali il giudice perviene alla ricostruzione della premessa minore del suo sillogismo: infatti, come si è visto già nella prima parte del presente lavoro, sono questi gli accertamenti pregiudiziali in senso logico che presentano una maggiore rilevanza, e nell'ambito dei quali è possibile rinvenire più numerosi anche i casi di accertamenti pregiudiziali in senso tecnico.

È appena il caso di fare rilevare, che la definizione prima data dell'oggetto di questi accertamenti come l'«atto impugnato, considerato analiticamente nei suoi elementi», sia quanto mai embrionale ed incassa; infatti, più propriamente, e a prescindere da ogni altra considerazione appresso svolta, anche se questa fase dell'iter intellettuale del giudice verte sugli effettivi caratteri dell'atto impugnato, questo non è mai considerato in sé e per sé, ma sempre solo in relazione alla sua susseguente valutazione di legittimità o di illegittimità. È evidente che, almeno potenzialmente, tutti gli elementi dell'atto possono acquistare una propria rilevanza sotto il profilo indicato; ma una considerazione del genere, per quanto incontrovertibile, non è una chiarificazione appagante del modo mediante il quale gli elementi dell'atto acquistano tale rilevanza, e, quindi, in definitiva, essa non è idonea ad illustrare in modo soddisfacente l'oggetto di quegli accertamenti pregiudiziali che qui ci interessano.

È evidente che, sul piano sostanziale, la illegittimità di un atto non è altro che la conseguenza di un certo numero di fattori, che, come si vedrà, hanno la più disparata natura; per

questa ragione, la serie di accertamenti, che si conclude con la determinazione della legittimità, o della illegittimità di un dato atto, non può che vertere, anzitutto, su tali fattori, e seguire puntualmente il meccanismo, mediante il quale essi provocano la illegittimità da individuare. Ogni approfondimento dell'oggetto di questi accertamenti, allora, deve necessariamente avvenire, mediante una analisi, di questi fattori, e di questo meccanismo: non pare dubbio, perciò, che una più dettagliata esposizione dei lineamenti processuali della pregiudizialità amministrativa, e del contenuto di questa, non può che essere tracciata di pari passo, con una ulteriore chiarificazione dei caratteri della situazione giuridica sostanziale di illegittimità dell'atto.

Diciamo subito che il meccanismo attraverso il quale opera la illegittimità degli atti amministrativi appare ancora molto misterioso, allo stato attuale della dottrina; e la circostanza, che il tema è stato sottoposto ad innumeri elaborazioni, da un lato non può essere di molto aiuto, data che queste non hanno portato a risultati accolti con un soddisfacente accordo; dall'altro, non è altro che un sintomo della estrema delicatezza della materia; delicatezza, anzi, la quale, sembra rendere insufficiente ogni cautela nell'affrontare il tema, specie se questo non è considerato *ex professo*. Per tale ragione, in questa sede non ci si può non limitare all'indicazione di una serie di spunti, svolti all'unico scopo di mostrare quale è il terreno, nel quale si deve ricercare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, e a dare una qualche sommaria sistemazione, alla grande ricchezza e multiformità di elementi, che in tal modo saranno individuati.

Converrà procedere per gradi, e descrivere, anzitutto, alcune ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo, così come esse si presentano ad un esame superficiale; tali ipotesi non sono scelte, evidentemente, con intenti sistematici, ma solo perchè esse possono offrire, nel loro complesso, un paradigma ab-

Accanto a questa ipotesi, sembra doveroso collocare l'altra, in cui l'atto è viziato per ragioni formali. Certo, l'esatta individuazione di quando ricorra questa seconda ipotesi, è subordinata alla stessa riserva cui si è precedentemente accennato, e che concerne la validità della contrapposizione tra forma e contenuto dell'atto. Conformemente, del resto, alla ricondizione della motivazione al contenuto dell'atto, si può rilevare come la validità di questa contrapposizione può essere salvata, solo a patto di attribuire alla nozione di forma dell'atto, dei caratteri estremamente rigorosi: si dovrebbe intendere, cioè, per forma dell'atto, solo il modo, con cui esso «... si manifesta oggettivamente»⁽¹¹⁵⁾. Per tale ragione, il vizio dell'atto che può acquistare rilevanza solo formale, è quello che ricorre quando esso è stato emanato, poniamo, oralmente invece che per iscritto, oppure per iscritto, ma non con i requisiti dell'atto pubblico, e così via.

La terza ipotesi cui si deve qui accennare, è quella in cui l'atto è viziato per incompetenza, perchè esso è stato emanato da un organo della pubblica Amministrazione diverso da quello previsto dalla legge.

Altra ipotesi che qui interessa esaminare, ricorre, inoltre, quando l'atto è illegittimo, perchè dispone una regolamentazione di un dato rapporto, la quale è ingiustificatamente differenziata, rispetto alla regolamentazione, disposta da altri atti amministrativi, di rapporti aventi caratteri analoghi; oppure, quando l'atto è illegittimo, perchè il suo contenuto presuppone l'esistenza di determinate circostanze di fatto, o di date situazioni giuridiche, le quali, viceversa, nella realtà effettivamente non sussistono: si è in presenza, cioè di atto illegittimo perchè

⁽¹¹⁵⁾ MORA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 129; cfr. anche: LEONARDI, *L'atto amministrativo*, cit., cit., pag. 16; in diritto privato, nel senso di cui nel testo, v.: BURRO, *Fausto generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino 1952, pag. 115, 118; cfr. anche: CASARETTO FERRARI, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s. n., pag. 426.

viziato da eccesso di potere, per disparità di trattamento, o per travisamento di fatti, o per insussistenza di presupposti.

E ancora si ricorderà: l'ipotesi in cui l'atto è illegittimo, perchè è stato emanato senza che sussistano delle circostanze di fatto, o delle situazioni di diritto, alla cui esistenza, invece, la legge subordina l'emanazione dell'atto stesso. Anche in questo caso, si ha un vizio dell'atto, per insussistenza di presupposti, intendendo, però, questa espressione, in un senso ben diverso di quello con cui ci si è riferiti ad essa nell'ipotesi precedente.

Infine, si deve accennare ad una ipotesi, che nel campo del diritto amministrativo assume una rilevanza particolare; l'ipotesi, cioè, nella quale l'atto deve essere emanato mediante un procedimento.

Preciudendo da ogni valutazione, inerente alla notevole ricchezza di profili che questa nozione presenta⁽¹¹⁶⁾, qui interessa, soprattutto, l'aspetto di essa, per cui l'illegittimità di un atto, che appartiene ad una serie procedimentale, provoca l'illegittimità di tutti gli atti, a questo successivi, e che trovano in esso il loro presupposto; e, in particolare, dell'atto finale dell'intero procedimento.

Si suole parlare, a questo proposito, della c.d. invalidità derivata⁽¹¹⁷⁾. Tale nozione è ben nota in dottrina, per quanto essa non sia mai stata analizzata con sufficiente profondità, e ad essa si fa riferimento, per spiegare, appunto, le conseguenze

⁽¹¹⁶⁾ Fra le trattazioni più recenti del tema, v., soprattutto: CASSE, *I fini giuridici processuali penali*, Milano 1955, pag. 105 ss.; CASARETTO, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, pag. 13 ss.; cfr., sul circolo concettuale bibliografico.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. in proposito soprattutto: SANCIANI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, pag. 173, 182 e 241, s. e pag. 182, alla nota 18, l'indicazione della stessa SANCIANI sull'argomento, cui addiz. MORA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 171, che delimita con la massima chiarezza i caratteri del fenomeno; cfr. anche: ZANONEN, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 2ª ed. fine 116, il quale descrive il fenomeno della ripercussione del vizio di un atto appartenente ad una serie procedimentale, su altri atti, appartenenti alla medesima serie, senza, però, fare esplicito riferimento alla nozione di invalidità derivata.

sulla validità di un atto del procedimento, dell'invalidità di un atto a questo precedente⁽¹¹⁴⁾.

Nel corso del proseguimento del presente lavoro, si renderà necessario esaminare più da vicino la nozione in parola, e a tale momento si rimanda, perciò, lo svolgimento di alcune considerazioni al riguardo⁽¹¹⁵⁾; fin d'ora, però, si può rilevare come, proprio per i caratteri di tale nozione, essa non possa spiegare tutti i casi, in cui l'atto è illegittimo, per un vizio che è intervenuto nello sviluppo del procedimento, mediante il quale si è pervenuti alla sua emanazione: ad essa non può essere ricondotto, infatti, il caso più semplice che ricorre in proposito, e cioè quello che si ha quando tale atto è illegittimo, perchè è stato omesso tout court un passaggio necessario del procedimento stesso (parere, proposta, etc.).

Nella descrizione dei caratteri esteriori del fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, ci si può, ormai, fermare qui: le ipotesi cui si è accennato, infatti, pur nella loro frammentarietà e disorganicità, offrono già un materiale da sotto-

(114) Costituisce separato problema, quello che concerne i rapporti che intercorrono tra la nozione di procedimento, e la figura di invalidità derivata. Da un lato, infatti, non è chiaro che questa figura assuma rilevanza solo nell'ambito del procedimento, potendo essa manifestarsi, forse, anche nei confronti di atti amministrativi, conosciuti tra di loro, ma non facenti parte di una serie procedimentale; è evidente, peraltro, come per il chiarimento di questo aspetto del problema, giuchino un ruolo assolutamente preponderante i caratteri che, secondo le varie teorie, si devono attribuire alla nozione di procedimento: più questa risulta ampia, e meno ipotesi sono formulabili, nelle quali la invalidità derivata si manifesta al di fuori di essa.

Per contro, la stessa figura di invalidità derivata sembra non poter comprendere tutti i casi in cui la invalidità di un atto si ripercuote su quella di un altro, specie se questa si verifica al di fuori di una serie procedimentale: cfr., a questo proposito, una fattispecie civilistica assai interessante, la quale, peraltro, non appare risolvibile alla luce dei concetti amministrativi della materia (Trib. Milano, 2 maggio 1949, in *Foro*, 1951, 151, con nota del CASARETO); Segnalati collegati, negozio illegale e ripetibilità di pagamenti; per un caso di negozi collegati in cui la invalidità di uno si ripercuote sull'altro, v., da ultimo, Cass., 25 febbraio 1958, n. 429, in *Foro* it., 1958, I, 518.

(115) Cfr., *infra*, pag. 408 ss.

porre ad analisi, per tentarne una sistemazione, il quale è sufficientemente ricco e multiforme.

I fattori che possono acquistare rilevanza, nell'illegittimità dell'atto amministrativo, sono già rappresentati in esso, con una varietà di tipi che può bastare; piuttosto, proprio questa notevole varietà, non fa altro che far maggiormente risaltare l'oscurità in cui è ancora avvolto il meccanismo, attraverso il quale tali fattori operano; e ad esso converrà rivolgere l'attenzione.

Si dovrà richiamare, a questo proposito, qualche concetto relativo ai lineamenti dogmatici dell'illegittimità dell'atto amministrativo; nei limiti in cui tali concetti sono generalmente accolti, eppure corrispondono ad impostazioni dottrinali le quali, pur discusse, sono comunemente note, si prescindere da inutili citazioni bibliografiche; queste, comunque, dato il carattere generalissimo dell'argomento trattato, saranno sempre contenute entro limiti assai ristretti, per non appesantire eccessivamente il lavoro.

La nozione a livello istituzionale dell'illegittimità dell'atto amministrativo pone l'accento, come è noto, sulla difformità dell'atto stesso da una norma di legge⁽¹¹⁶⁾.

Appare evidente che, secondo tale definizione, l'illegittimità dell'atto amministrativo è una nozione, che costituisce una più dettagliata specificazione di un concetto più ampio, seppure di incerta denominazione, e che si riferisce alla difformità dal paradigma legislativo dell'atto giuridico in genere⁽¹¹⁷⁾. Si vedrà, inoltre, in seguito, come la nozione che qui interessa deve essere più esattamente definita, nei confronti dell'ampio

(116) Per semplicità, si previene qui dall'ipotesi, in cui la invalidità del fatto discende da un vizio di merito, e cioè sia provocata da una difformità del fatto stesso, da criteri di opportunità, di convenienza, di equità amministrativa, etc.; sul punto, v., *supra*, la nota 64, pag. 298.

(117) Cfr., in argomento: CASARETO FUMMO, *Il negozio giuridico*, etc., cit., pag. 234, 242; SCOCANALE, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958, pag. 208.

concetto accennato, anche per quel che riguarda la precisazione della categoria di norme, della cui violazione si tratta.

Questa definizione dell'illegittimità, di per sé, direbbe poco ai nostri fini, se essa non fosse completata con l'indicazione dei caratteri dell'atto cui essa si riferisce: la dottrina, a questo proposito, è comunemente orientata, nel senso di definire l'atto amministrativo come una manifestazione di volontà, di scienza, di desiderio, etc.; è evidente, in questo orientamento, l'influenza del concetto privatistico del negozio, come manifestazione di volontà. E tale influenza si estende anche all'analisi degli elementi dell'atto amministrativo, i quali, nella maggior parte delle trattazioni, sono puntualmente ricalcati sugli schemi di quelli del negozio privato: soggetto, oggetto, causa, etc.

È proprio nei confronti dell'atto amministrativo, così definito, e così analizzato nei suoi elementi, che, normalmente, si formula la teoria della illegittimità di questo: sono ben noti tutti gli sforzi di ricollegare le varie ipotesi di tale illegittimità con una difformità dell'uno o dell'altro elemento dell'atto, dal paradigma legislativo di questo.

Sembra che questo ordine di idee non sia del tutto idoneo a portare al risultato di una sistemazione soddisfacente della delicata materia; e può darsi che molte delle oscurità che sussistono ancor oggi relativamente alla teoria della invalidità degli atti amministrativi, non siano altro che la diretta conseguenza della scelta di un inadeguato punto di partenza.

S'intende, che così dicendo non si vuole affatto contestare il carattere di dichiarazione di volontà, di scienza, di desiderio, che, volta a volta, l'atto amministrativo, nei suoi vari tipi, può assumere; solo, si vuole rilevare che tale carattere non pare costituire l'angolo visuale migliore, per una analisi dell'atteggiarsi della illegittimità dell'atto stesso.

In corrispondenza di questo rilievo, si può aggiungere come non si vuole neppure negare che la illegittimità dell'atto sia la conseguenza di una sua difformità dal paradigma legislativo;

solo, anche a questo proposito, non si può non osservare, come non sia ancora dimostrato che in tutte le ipotesi in cui l'atto amministrativo è illegittimo, esso si presenta come difforme dalla norma, in qualcuno dei suoi elementi, individuati nel modo prima indicato; e, in ogni caso, si può affermare che, in alcune ipotesi di illegittimità, questa non è mai rilevabile in base ad una diretta analisi degli elementi dell'atto stesso, che sarebbero difformi dalla norma, o quanto meno, solo di questi.

Gioverà dar conto brevemente delle considerazioni adesso svolte; e, a questo proposito, è opportuno esaminare quelle ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo, che si sono prima raccolte come oggetto di analisi, alla luce di quella difformità dalla norma dell'atto, analizzato negli elementi sopra indicati, la quale è normalmente affermata dalla comune dottrina.

Sotto questo profilo, non c'è dubbio che non presenti la minima difficoltà, l'individuazione di tale difformità, nelle prime ipotesi sopra esposte di illegittimità dell'atto amministrativo: quando, cioè, l'atto stesso dispone qualcosa che è vietato dalla legge, o contiene una motivazione che è vietata, oppure non contiene una motivazione obbligatoria, etc.; si tratta di casi, è evidente, in cui la illegittimità dell'atto è immediatamente rilevabile, sulla sola base dell'esame di quell'elemento di esso, che normalmente, e salvo qualche voce contraria, viene definito come « il contenuto ».

Già leggermente meno limpida, però, è l'ipotesi successiva: quella, cioè, in cui l'atto è viziato per incompetenza; da un lato, se l'atto è emanato da un organo diverso da quello previsto dalla legge, anche se appartenente allo stesso ente, non si può negare che una difformità dallo schema legislativo dell'atto stesso esista, giacché è evidente che l'elemento soggettivo abbia sempre una diretta rilevanza, nel quadro degli elementi dell'atto, comunque analizzati; d'altra parte, però, tale rilevanza non è, forse, di primissimo piano, nell'ipotesi che qui interessa; e, soprattutto, ancora è tutt'altro che chiaro quale

sia il meccanismo mediante il quale viene a incidere sulla conformità dell'atto alla norma, la circostanza che esso sia emanata da un organo diverso da quello previsto dalla legge, ma pur sempre appartenente allo stesso soggetto: sono i lineamenti della nozione stessa di competenza, che devono costituire la base per tracciare i caratteri di questo meccanismo; ed è ben noto come tali lineamenti siano ancor oggi assai oscuri (17).

La successiva ipotesi comunque presenta ancora maggiori difficoltà di inquadramento nell'ordine di idee in esame. Di tale ipotesi, si ricorderà, sono stati esemplificati i casi in cui l'atto amministrativo è illegittimo per eccesso di potere, giacché realizza una disparità di trattamento di fattispecie analoghe, oppure è basato su circostanze di fatto e diritto, le quali, in realtà, non sussistono (eccesso di potere per travisamento dei fatti).

È comunemente accettato che la disparità di trattamento di fattispecie analoghe, e il travisamento dei fatti, costituiscono degli indici, dei « sistemi » di una disformità dalla norma, la quale risiederebbe nell'atto.

Anzitutto, si può rilevare come, anche a considerare esatta, come probabilmente è, tale affermazione, rimanga ancora da chiarire, in che modo tale disformità operi.

In questa sede, non è evidentemente nè opportuno, nè addirittura, possibile, richiamare l'intera, ricchissima letteratura, concernente la natura dell'eccesso di potere, nella molteplicità delle sue manifestazioni; si può solo notare come, la tendenza attualmente dominante, ponga l'accento, al riguardo, su una disformità dalla norma, di un elemento dell'atto e precisamente del complesso causa-motivi. Crediamo che questa impostazione sia senz'altro giusta; ma, malgrado l'esattezza di tale posizione di partenza, la materia è ben lungi dall'aver trovato una soddisfacente sistemazione: questa impostazione, in-

(17) Cf., in proposito, i riferiti di GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 295, 296.

fatti, rinvia a sua volta a nozioni quanto mai incerte e controverse, quali quelle, appunto, della causa e dei motivi dell'atto amministrativo, e che attendono ancora una precisazione dei loro caratteri che accolga un qualche accordo in dottrina; anzi, non solo sono da determinare più chiaramente i lineamenti di esse, e i loro rapporti reciproci, ma attende ancora conferma l'esistenza di una di queste, nel quadro degli elementi dell'atto amministrativo.

Comunque, anche se si arrivasse ad una precisazione del genere, e si delineasse limpidamente in che cosa consisterebbe la disformità dell'elemento causa-motivi nell'ipotesi in esame, e la sua rilevanza nel quadro generale degli elementi dell'atto, resta sempre un fatto incontrovertibile: tale disformità, che riguarderebbe direttamente l'atto, per un verso non sarebbe mai rilevabile direttamente dall'atto stesso: essa, sotto questo profilo, risulta dall'analisi del trattamento di altre fattispecie, analoghe a quella regolata dall'atto di cui si tratta, oppure dall'accertamento dell'effettiva sussistenza di quelle circostanze di fatto o di diritto, le quali sono presupposte nell'atto stesso: analisi, dunque, di elementi, di per sé del tutto estrinseci, rispetto a tale atto.

Ma anche per quel che riguarda gli altri dati, sulla cui base rilevare quella particolare ipotesi di illegittimità in esame, e cioè gli elementi dell'atto, della cui legittimità si discute, tali elementi, è da notare, non sono quelli, della cui conformità alla norma si tratta, ma elementi diversi: infatti, nel caso di disparità di trattamento, si tratterà di vedere se la regolamentazione disposta dall'atto, è o no diversa, da quella disposta da altri atti amministrativi, per circostanze analoghe; ossia, si tratterà di accertare il contenuto dell'atto stesso. Nel caso, invece, del travisamento dei fatti, l'oggetto dell'esame sarà, anche qui, lo stesso contenuto, sia che le circostanze di fatto o di diritto che sono poste alla base dell'atto, siano implicitamente presupposte nel dispositivo di questo, sia che, viceversa, siano esplicitamente

sformità dallo schema legislativo, di questo, o, quanto meno, di un *quid* che lo possa ricomprendere, tracciare i lineamenti nel fenomeno nelle ipotesi in parola non appare semplicissimo; senza poter affrontare in questa sede il problema *ex professo*, si può solo notare come, secondo la comune impostazione dottrinale, che è stata sin qui seguita, le soluzioni che è possibile prospettare astrattamente al riguardo, debbano essere ridotte a due.

La prima può essere così formulata: si potrebbe affermare che l'illegittimità dell'atto non deriva sempre solo da una sua disformità dalla norma, ma anche dalla disformità dallo schema legislativo, di alcuni elementi, di per sé estrinseci all'atto stesso. La nozione di disformità andrebbe riferita, perciò, non al solo atto, ma ad un complesso più ampio di elementi, uno dei quali sarebbe, appunto, l'atto stesso, e gli altri, quelle circostanze di fatto e di diritto, oppure quegli atti del procedimento, alla cui sussistenza la legge subordina l'emanazione dell'atto medesimo; si dovrebbe far riferimento, in breve, al concetto di fattispecie, comprendente l'atto, e le sue condizioni di legittimità, intendendo questa espressione nel senso più lato possibile⁽¹²⁵⁾.

Non sembra, però, che possa risultare soddisfacente una soluzione, quale quella prospettata ora, la quale trova il suo fulcro nella tanto discussa, e, in realtà, tanto discutibile nozione di fattispecie; e questa considerazione pare senz'altro rafforzata dal rilievo, per cui tale nozione dovrebbe applicarsi anche all'ipotesi, in cui acquista rilevanza la figura del procedimento: le più recenti tendenze su quest'ultimo concetto, infatti, sono orientate sempre più verso una costruzione della successione di atti, che è da ravvisarsi nella serie procedimentale, in modo diametralmente opposto a quello della c.d. formazione progressiva della fattispecie⁽¹²⁶⁾.

Sotto questo profilo, apparirebbe sicuramente preferibile la

(125) In argomento, cfr. i rilievi del BERTI, *Teoria generale*, ecc., cit., pag. 340 e 379, 471.

(126) Cfr.: BALZ, *Beiträge*, *Autonomie privata*, cit., in *Rev. trim. dir. pubbl.*, 1956, pag. 300, 301.

seconda soluzione cui precedentemente si è fatto cenno, per la spiegazione del fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, nelle due ipotesi ora in esame, e sempre seguendo il più possibile le correnti impostazioni dottrinali, prima indicate.

Secondo tale soluzione, la disformità dal paradigma legislativo di quegli elementi i quali, di per sé, sono estrinseci all'atto, non andrebbe valutata autonomamente, ma, al contrario, dovrebbe essere apprezzata come l'indice di un'altra disformità dalla legge, la quale, specificamente, riguarderebbe uno o più elementi dell'atto di cui si tratta; anzi, più precisamente, questa disformità potrebbe essere percepita solo sulla base della disformità di quegli elementi estrinseci. Sotto questo profilo, le ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto amministrativo dipendono da un vizio del procedimento, oppure dalla carenza di una sua condizione di legittimità, potrebbero non differire sostanzialmente, da quelle altre ipotesi, precedentemente esposte, di eccesso di potere, il quale, però, è rilevabile solo facendo riferimento a circostanze esterne all'atto.

La giustificazione di un'impostazione del genere potrebbe essere trovata, forse, nella circostanza per cui l'atto amministrativo, come, del resto, è ben noto, presenta un'accentuatissimo carattere di strumentalità, di funzionalità; tale carattere, anzi, pare costituire la nota dominante dei lineamenti di questo atto, tanto da non parer troppo azzardata l'ipotesi che esso si possa ripercuotere anche nell'interna struttura dell'atto medesimo, modellandone, in corrispondenza, i singoli elementi. D'altra parte, le condizioni di legittimità dell'atto, intendendo tale espressione in senso latissimo, sono, certo, degli elementi a questo estrinseci, ma non di meno, per il solo fatto che alla loro sussistenza la legge subordina l'emanazione dell'atto stesso, esse, sembra, devano necessariamente ricollegarsi alla funzione da questo esplicata. Per tali motivi, pare assai probabile che la disformità dallo schema legislativo di tali elementi, di per sé estranei all'atto, possa riflettersi sulla disformità dallo stesso schema,

di qualcuno degli elementi nei quali, tradizionalmente, l'atto medesimo è scomposto; quali siano questi elementi, non è questa la sede più opportuna per analizzare; ma pure prescindendo da qualsiasi approfondimento, appare facile il rilievo, che anche nell'ipotesi in esame l'attenzione debba essere concentrata sul complesso causa-motivi; anche da questo punto di vista, dunque, si ritorna verso un aspetto dell'atto amministrativo, il cui completo chiarimento sembra sempre di più che debba portare a conseguenze di grande importanza.

Ad ogni modo, pare che si sia già mostrato abbastanza, quante incertezze sussistano ancor oggi, relativamente al meccanismo mediante il quale opera l'illegittimità dell'atto amministrativo; in particolare, sembra chiaro che la nozione di disformità dell'atto dalla norma, ove sia riferita all'atto inteso come dichiarazione di volontà, di scienza, etc., costituisca un profilo, sotto il quale, attualmente, tale meccanismo non è apprezzabile in modo sufficientemente chiaro: spesso non è sicuro quali elementi dell'atto illegittimo siano disformi dalla norma, di frequente non si sa perchè e come sono disformi dalla norma, e talvolta non è neppure certo che essi siano disformi dalla norma.

In ogni caso, è tutt'altro che infrequente l'ipotesi, in cui tale disformità, anche, se, per avventura, è da ritenere esistente, possa essere rilevata solo mediante la valutazione di elementi estrinseci all'atto; e questo basta, per dubitare che essa possa costituire effettivamente un *quid*, il cui accertamento è necessario, per pervenire all'accertamento dell'illegittimità dell'atto: è appena il caso di far notare come una considerazione del genere sia importante, ove il tema in esame sia considerato dal solo angolo visuale dell'*iter* logico percorso dal giudice amministrativo.

Si avverte acuta, perciò, l'esigenza di una singolare sistemazione della delicata materia dell'illegittimità dell'atto amministrativo, e, quindi, della ricerca di diverse basi, sulle quali tale sistemazione possa essere effettuata. È evidente come un ap-

profondimento del genere riguarda, anzitutto, la teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, e, perciò, sotto questo profilo, esso sia, di per sé, assolutamente da escludere in questa sede. Resta il fatto, però, che si è potuta prospettare, fino adesso, la notevole ampiezza dei fattori che acquistano rilevanza, nel fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, per quanto il quadro che ne risulta sia ancora largamente insufficiente; ma nulla si è potuto dire, che valga ad ordinare un po' la complessità dei dati che si è delineata, a tracciare il modo con cui essi rilevano nell'illegittimità che qui interessa, e quindi, ad accennare le corrispondenti fasi di una valutazione di tale illegittimità; rimangono ancora oscuri, perciò, i momenti salienti dell'*iter* intellettuale del giudice amministrativo, e, in definitiva, la strutturazione della catena degli accertamenti pregiudiziali, nel relativo processo; e l'esigenza di un chiarimento del tema, sembra giustificare lo svolgimento di qualche schematico spunto, concernente quel delicatissimo problema di teoria generale, la cui approfondita trattazione sfugge, evidentemente, dai limiti del presente lavoro.

Nella ricerca di nuove basi, rispetto alle correnti impostazioni dottrinali, sulle quali si potrebbe tentare di tratteggiare, forse, più coerenti lineamenti del fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, può sorgere il dubbio che la prospettiva da correggere, sia quella che risulta dalla definizione di atto che si è accolta, e sulla quale si è ordinariamente disegnata tale illegittimità. Come si è già accennato, non che l'atto amministrativo non abbia il carattere di manifestazione di volontà, di scienza, etc., a seconda dei casi; solo, può darsi che una qualificazione del genere di esso, non sia la più rispondente ai fini che qui interessano, e convenga, perciò, lasciarla relativamente in ombra; ciò comporta, anche, che si debba prescindere da quell'analisi di elementi dell'atto, secondo gli schemi tradizionali, tratti dalla pandettistica, e, di conseguenza, l'esame di essi, tendente ad individuargli tracce di quella disformità dalla norma,

che dovrebbero esservi rinvenute, nell'ipotesi in cui l'atto sia illegittimo.

Nella scelta di un diverso e più adeguato punto di partenza, per l'analisi che qui interessa, sembra opportuno accogliere una nozione di atto, che ponga in risalto un carattere di questo, dogmaticamente assai rilevante: e cioè che l'atto costituisce sempre esercizio di un potere.

Il collegamento tra atto e potere, si badi, non è affatto una relazione che interessi studiare maggiormente nel solo diritto amministrativo, per quanto in tale ramo del diritto, analizzando i lineamenti dell'attività amministrativa, ci si riferisca più spesso che altrove ai poteri attribuiti dalla legge alla pubblica Amministrazione; al contrario, tale collegamento è da porsi alla base di ogni valutazione dell'atto giuridico in generale, senza che importi una qualche distinzione al riguardo la diversità dei campi nei quali l'atto stesso è considerato. Sotto questo profilo, appare veramente notevole una tendenza, manifestatasi di recente nel diritto privato, dove, peraltro, sembra maggiormente radicato l'orientamento tradizionale, la quale pone a base dell'intero fenomeno negoziale, l'esercizio di poteri normativi, che sono riconosciuti al privato, nella sfera della sua autonomia, dall'ordinamento statale⁽¹²⁷⁾.

Evidentemente, non è il caso di affrontare in questa sede il grave problema, peraltro più volte affiorato nel corso del presente lavoro, che concerne la determinazione dei caratteri del potere giuridico, come autonoma situazione soggettiva; in proposito, non resta che rinviare a quelle considerazioni, che già precedentemente si ebbe occasione di svolgere⁽¹²⁸⁾. Parimenti, non sembra opportuno entrare nella delicata questione, se tutti gli atti giuridici debbono essere ricollegati all'esercizio di un potere, oppure solo alcuni di essi: come è noto, su tale questione in dottrina sono state sostenute tutta una gamma di ipotesi, che

⁽¹²⁷⁾ PALL. BORGANI, *Autonomia privata*, cit., pag. 381 ss.

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, op. cit., pag. 35, 37.

vanno dalla soluzione più restrittiva, secondo la quale solo gli atti a carattere normativo costituirebbero esercizio di un potere⁽¹²⁹⁾, a quella più ampia, per cui non solo ogni manifestazione di volontà, di scienza, etc., ma anche le stesse attività materiali, produttive di conseguenze giuridiche, andrebbero ricollegate alla situazione soggettiva in parola⁽¹³⁰⁾.

Svolgendo sul tema le sole considerazioni, le quali si appalesano qui come indispensabili, per la prosecuzione del presente lavoro, si noterà che la dottrina più recente insiste molto sul carattere di situazione giuridica strumentale, che andrebbe attribuito al potere⁽¹³¹⁾, e ciò perchè tale situazione si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio; in corrispondenza di questa impostazione, tale esercizio è talvolta valutato come una particolare specie di comportamento⁽¹³²⁾, volto alla produzione degli effetti suddetti.

Ora, pare assai fecondo per la costruzione della teoria dell'invalidità dell'atto, e, anzi, prima ancora, della sua illegittimità, partire dall'impostazione indicata, e fare centro sul potere, e sul suo esercizio, per spiegare gli schemi, attraverso i quali tale illegittimità opera. È da ricordare, che quella stessa recente tendenza civilistica cui si è fatto precedentemente cenno, orientata verso la concezione dell'atto come esercizio di un potere, risolve conformemente alle premesse anche il problema dell'invalidità dell'atto privato, facendo riferimento alla nozione di riconoscimento di esso, da parte dell'ordinamento sta-

⁽¹²⁹⁾ In questo senso: OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano 1953, pag. 91.

⁽¹³⁰⁾ Per questa tendenza così ampia, v., da ultimo: COSSIGNO, *Le situazioni giuridiche*, cit., cit., pag. 235 ss.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, per tutti: MULLA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 68 ss., il quale riferisce il carattere di strumentalità addirittura alla personalità, in quanto questa risulta nella ricchezza di situazioni giuridiche soggettive strumentali, come il potere e la facoltà; COSSIGNO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pag. 177 ss.

⁽¹³²⁾ Nella dottrina amministrativa, per questa tendenza, v., soprattutto MULLA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 126 ss.

tuale; tale tendenza, cioè, risolve il problema in parola, sulla base del riconoscimento da parte di questo, dell'esercizio dei poteri normativi privati, che costituiscono il fulcro dell'autonomia detta, appunto, privata⁽¹¹⁷⁾.

Sotto un profilo generale, il collegamento tra l'atto, come esercizio di un potere, e la sua illegittimità, può essere schematicamente delineato come segue.

Il comportamento che, come si è visto, è da ravvisarsi nell'esercizio del potere, come tutti i comportamenti che acquistano una giuridica rilevanza, è disciplinato dal diritto; più precisamente, si sa, esso è regolato, sotto vari profili, da tutta una serie di norme, le quali, per il particolare oggetto contemplato, si dicono, appunto, norme strumentali, in contrapposizione alle norme c.d. materiali.

Quali profili del comportamento siano regolati da tali norme, lo si può accennare solo assai brevemente, e senza nessuna pretesa di completezza.

Anzitutto, si deve individuare un primo gruppo di norme, le quali consistono in attribuzioni di poteri a dati soggetti, e in determinazioni dei limiti di esistenza dei poteri suddetti.

Accanto a queste, sono da rinvenire le norme di un secondo gruppo, le quali si pongono come fonte di un'ulteriore disciplina del comportamento strumentale, rispetto a quelle già indicate: le norme, cioè, che regolano l'esercizio dei poteri previamente attribuiti.

Le norme di questo secondo gruppo possono vincolare l'esercizio del potere nel modo più vario: esse possono determinare, per esempio, i presupposti, in presenza dei quali il potere può essere, o non può essere, o deve essere esercitato; oppure, possono determinare, totalmente o parzialmente, il contenuto dell'atto nel quale si risolve l'esercizio del potere: e questa determinazione può essere compiuta in assoluto, oppure riferirsi,

(117) Cf.: SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 913 ss.

anche qui, positivamente o negativamente, alla sussistenza di dati presupposti.

E ancora: ove il potere sia stato attribuito ad un soggetto-persona giuridica, ad un soggetto, cioè, che abbia una struttura complessa, vi possono essere delle norme, le quali indicano l'organo di quella persona, che può esercitare il potere suddetto.

Tra le molte altre varie ipotesi che si possono formulare in materia, merita una particolare attenzione quella che si ricollega alla nozione di procedimento: come si è già accennato, questa nozione sarà analizzata in un momento successivo: a tale fase del presente lavoro si rimanda allora⁽¹¹⁸⁾, per ogni approfondimento sull'argomento. Per quel che qui interessa, si può però rilevare subito come, esaminando il problema dall'angolo visuale prescelto, nel procedimento si deve ravvisare il fenomeno, per cui l'esercizio di un dato potere, è subordinato al previo esercizio, da parte di altro soggetto, o di altro organo dello stesso soggetto, di un diverso potere: ossia, all'emissione di un diverso atto; atto, od esercizio, che, in ogni caso, fungono da presupposto del primo.

Sulla base di queste sinteticissime considerazioni, le quali richiamano, in modo più che scheletrico, un'elaborazione dottrinale estremamente complessa, e il cui esame analitico, purtroppo qui impossibile, sarebbe del massimo interesse, si possono puntualizzare i seguenti rilievi.

Non sembra necessario spendere molte parole, per dimostrare che l'illegittimità dell'atto amministrativo deve essere delineata, in relazione alla disciplina del comportamento strumentale, costituita dalle norme del secondo dei gruppi cui prima si è accennato.

Si è già preavvertito, infatti, che la nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, deve essere precisata anche in riferimento al tipo di norme la cui violazione assume, sotto questo

(118) Vedi, infra, pag. 409 ss.

profilo, la propria rilevanza; la riserva allora formulata, può essere adesso sciolta, notando come tali norme sono quelle che disciplinano un potere attribuito da diverse norme alla pubblica Amministrazione.

La precisazione della nozione di illegittimità in questo senso, oltre ad essere alla base di una notissima teorica, risponde, in genere, ad un convincimento che in dottrina è abbastanza diffuso; essa, però, non sempre è esplicitamente affermata, giacchè, di solito, si preferisce definire l'illegittimità dell'atto, facendola derivare dalla violazione della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo del privato. Ma proprio questa impostazione fornisce il fondamento, per la più decisiva dimostrazione della tesi qui accolta, se mai di tale dimostrazione ce ne fosse bisogno: infatti, come più volte si è detto, secondo la teoria che appare preferibile, l'interesse legittimo che il privato può vantare nei confronti della pubblica Amministrazione, è quella situazione giuridica soggettiva, che risulta dal vincolo apposto dalla legge, all'esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione stessa; per tale ragione, è evidente che un atto amministrativo, che leda tale interesse legittimo, non può non violare, simultaneamente, anche la corrispondente norma che disciplina l'esercizio del potere nel quale esso si risolve.

Per tale ragione, poichè nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, in tale oggetto non possono acquistare rilevanza, che la violazione di quelle norme, le quali disciplinano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione.

Questa affermazione, però, non vuole suonare come l'esclusione assoluta della rilevanza nei confronti del processo amministrativo, di quelle norme che disciplinano il comportamento strumentale, e che si sono ricomprese nel primo gruppo di queste: quelle norme, cioè, che consistono, nell'ipotesi che a noi interessa, nell'attribuzione di un potere alla pubblica Amministrazione, e nella determinazione dei limiti di esistenza di esso;

solo, si vuole negare che tali norme rilevino in relazione all'oggetto del giudizio di merito.

Infatti, se quest'ultimo è collegato alla violazione di norme che regolano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, esso deve logicamente presupporre che l'atto, che deve essere valutato alla stregua di queste, sia stato posto in essere mediante l'esercizio di un potere spettante effettivamente alla pubblica Amministrazione, ed anche entro i limiti di esistenza del potere stesso; altrimenti, se così non fosse, non vi sarebbe luogo, evidentemente, a discutere della sua legittimità.

Per contro, questa considerazione deve ricollegarsi al notissimo orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il criterio di discriminazione della giurisdizione, tra il giudice ordinario e quello amministrativo, è individuato, appunto, sulla base della distinzione, se la contestazione cada sulla spettanza stessa alla pubblica Amministrazione, del potere di cui l'atto costituisce l'esercizio, oppure solo sulla legittimità di questo. La eventuale violazione da parte dell'atto di cui si tratta, di quelle norme che attribuiscono il potere, acquista, perciò, una propria rilevanza, in sede di determinazione della giurisdizione del giudice amministrativo, oppure ordinario, a conoscere della conformità al paradigma legislativo, dell'atto stesso; e, sotto questo profilo, costituisce una questione che può essere qui tralasciata, lo stabilire se la sussistenza di tale violazione deve essere esaminata, così come la contestazione sulla conformità dell'atto alla norma è prospettata dal ricorrente, o dall'attore, oppure su un piano di maggiore rilevanza dei caratteri oggettivi di questa conformità ⁽¹²²⁾.

Per tali ragioni, poichè la giurisdizione costituisce un presupposto processuale in senso latissimo, la violazione delle

(122) Si allude qui alla nota teoria c.d. della progettazione, e alle sue alterne vicende; cfr., in argomento: BASTANI (A.R.), *Quozioni in tema di discriminazione di giurisdizioni tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Foro amm.*, 1916, II, 1, 177 ss.; v., ivi, richiami di dottrina e giurisprudenza.

norme che consistono in un'attribuzione di potere alla pubblica Amministrazione, e nella determinazione dei suoi limiti di esistenza, possono acquistare una propria rilevanza nel processo amministrativo, ma non nel giudizio di merito, bensì come oggetto di uno di quegli accertamenti processuali in senso stretto; del resto, a questa conclusione si può già arrivare sulla base del rilievo, precedentemente svolto, per cui la conformità dell'atto, a quelle norme ora in esame, deve essere logicamente presupposta, dalla valutazione dell'atto stesso, alla stregua delle norme che disciplinano l'esercizio del potere.

Converrà ritornare, però, al filo principale del ragionamento, puntualizzando con maggiore precisione gli schemi della illegittimità dell'atto amministrativo.

Riducendo il fenomeno dell'illegittimità degli atti amministrativi, alla violazione di una norma che vincola l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, occorre domandarsi in che cosa questa impostazione differisca da quella tradizionale, prima esposta, basata sulla nozione della difformità della norma, dell'atto amministrativo, valutato analiticamente secondo il modello degli elementi dell'atto come manifestazione di volontà, di scienza, etc.

Sotto qualche profilo, la differenza tra le due impostazioni è nulla; ambedue, per esempio, poggiano, infatti, sul concetto di conformità alla norma dell'atto, comunque considerato; nè, del resto, ciò sarebbe in qualche modo ineliminabile, perchè tutte le volte che si deve valutare un determinato *quid* alla stregua della legge, non si può prescindere dal compararlo al paradigma legislativo. E, d'altra parte, se si pone in stretta relazione l'atto con l'esercizio del potere, parrebbe, anche sotto questo profilo, che esaminare la conformità alla norma, dell'esercizio del potere, oppure dell'atto considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali, siano operazioni in tutto e per tutto coincidenti.

In realtà, pare, invece, che, almeno sotto l'aspetto dell'op-

portunità, e dell'aderenza al sistema normativo, queste due operazioni presentino una notevole differenza.

Infatti, la legge, specie nel diritto amministrativo, non predetermina direttamente, di solito, gli elementi dell'atto, ma disciplina l'esercizio del potere.

È vero, che, attraverso la disciplina dell'esercizio del potere, si determinano anche gli elementi dell'atto; infatti, quando la legge stabilisce l'organo che deve esercitare il potere, e quando e come questo deve essere esercitato, essa, in definitiva, non fa altro che predisporre anche gli elementi nei quali l'atto è tradizionalmente scomposto, ivi compresi quelli, come la causa e i motivi, che non appaiono avere una rilevanza immediatamente percepibile. E, del resto, questa corrispondenza tra l'una e l'altra forma di disciplina non potrebbe certo mancare, dato il rapporto di identità che si è stabilita, tra esercizio del potere, e atto.

D'altra parte, in sede di valutazione della legittimità di un atto, se essa dovesse essere imperniata sulla conformità di esso, considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali, con il corrispondente paradigma legislativo, questo non sarebbe direttamente reperibile, ma, al contrario, dovrebbe essere previamente ricavato per via di astrazione, sulla base della disciplina legislativa dell'esercizio del potere, e secondo gli schemi per cui questa, come si è detto, si traduce nella predeterminazione degli elementi dell'atto.

Una volta stabilita l'equivalenza, tra la conformità alla norma dell'esercizio del potere, e la legittimità dell'atto, è invece assai più semplice pervenire alla valutazione di tale legittimità, attraverso l'accertamento della conformità al paradigma legislativo di quell'esercizio. Tra l'altro, si superano completamente, così, tutte quelle questioni assai spinose, le quali insorgono, le cui è visto, quando si tratta di individuare, nelle varie ipotesi di illegittimità dell'atto, quale sia l'elemento di questo che è difforme dalla norma, e come ciò accada; questo superamento,

d'altra parte, lo si ripete ancora una volta, non vuole costituire negazione che tale disformità effettivamente sussista.

Resta il fatto, che la valutazione della legittimità di un atto, sotto qualsiasi profilo questo venga considerato, non può mai prescindere dall'esame di elementi, i quali non possono fare parte di questo; si ricordano qui quelle ipotesi di vizio nel procedimento, e di carenza delle condizioni di legittimità dell'atto stesso; ciò, però, costituisce un fenomeno del tutto ineludibile, dal momento che la legge ha vincolato l'esercizio del potere, nell'as oppure nel quocaso, alla sussistenza delle condizioni predette.

D'altra parte, si è visto quali difficoltà di sistemazione si incontrino in tali ipotesi, se la disformità dallo schema legislativo si riferisce, direttamente o indirettamente, all'atto considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali: infatti, o si dovrebbe fare riferimento alla nozione di fattispecie, di cui l'atto stesso costituirebbe uno degli elementi, oppure, al contrario, si dovrebbe ricercare quale degli elementi dell'atto sia non conforme alla norma, con risultati tutt'altro che sicuri. Al contrario, scegliendo il punto di partenza qui proposto, sembra che tali ipotesi possano essere pianamente delineate: infatti, ove un passaggio del procedimento sia illegittimo, oppure addirittura omesso, o quando non sussistano quei presupposti, cui la legge ha subordinato l'emaneazione dell'atto, la pubblica Amministrazione deve risolversi a non emanare l'atto; ossia, a non esercitare il corrispondente potere. Ora, come è stato acutamente notato, «... quando il soggetto di un potere stabilisce di non farne uso in senso positivo... è superfluo osservare che questo uso negativo è anch'esso esercizio del potere...»⁽¹²⁶⁾; è agevole, allora, ridurre il problema dell'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo, in tali casi, a quello della valutazione della conformità dell'esercizio positivo del potere che la

⁽¹²⁶⁾ SAVI BERNARDI, *Frammenti di un dizionario*, cit., pag. III.

pubblica Amministrazione ha compiuto, in presenza di date circostanze, con quell'esercizio negativo che, in presenza delle stesse circostanze, la legge prescriveva: anche qui, la questione della conformità al paradigma legislativo dell'atto, considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali, è del tutto e vantaggiosamente superata.

È opportuno, adesso, svolgere alcune considerazioni conclusive sul rapporto che intercorre tra la violazione della norma che vincola l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e la valutazione di illegittimità di tale esercizio; l'esigenza di un chiarimento del punto è percepibile, ove si consideri che mentre l'accertamento della singola violazione implica un esame del comportamento della pubblica Amministrazione che è analiticamente limitato ad un solo aspetto di questa, la notazione di illegittimità deve riguardare, al contrario, il comportamento unitariamente considerato nel suo complesso.

Questa necessità è facilmente dimostrabile: infatti, la non osservanza di una di quelle norme che regolano un comportamento strumentale, importa che questo è totalmente o parzialmente inidoneo a provocare gli effetti voluti, giacchè o questi non sussistono (atto nullo), oppure essi, pur producendosi, hanno carattere precario, in quanto possono essere cancellati *ex tunc* (atto annullabile); come ognun sa, l'illegittimità dell'atto amministrativo è da ricollegarsi ad una violazione di un gruppo di norme che disciplinano un comportamento strumentale, violazione, la quale provoca l'annullabilità dell'atto.

Ove, come è il caso normale, la valutazione di legittimità o di illegittimità di un atto, è compiuta al fine di considerarne la sua validità, essa non può non avere lo stesso oggetto di questa: ossia, dal momento che quel che è valido, o invalido, non può essere che l'atto, considerato unitariamente, anche la corrispondente notazione di conformità al paradigma legislativo, di legittimità, non può che riferirsi parimenti all'atto unitariamente considerato. Seguendo quest'ordine di idee, poichè l'accerta-

mento giudiziale propriamente detto, nel processo amministrativo, è subordinato all'eventuale pronuncia di annullamento dell'atto, tale accertamento deve necessariamente vertere, appunto, sulla conformità al paradigma legislativo dell'esercizio del potere compiuto dalla pubblica Amministrazione, considerato nel suo complesso.

Di contro alla nozione di legittimità, così delineata, si possono individuare analiticamente le singole disformità dallo schema legislativo, le quali si riferiscono ai vari momenti dell'esercizio del potere: quei momenti, cioè, che, come si è esemplificato precedentemente, possono essere disciplinati da una norma di carattere strumentale; e tali momenti, proprio in quanto specifico oggetto di questa disciplina, possono essere considerati, in un certo senso, in modo autonomo⁽¹¹⁵⁾.

Volendo determinare il rapporto che intercorre tra la violazione della singola norma che regola l'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e l'illegittimità, che deve essere riferita all'intero comportamento di questa, si può rilevare come non pare dubbio che tale rapporto sia di causa-effetto; ossia, che la singola violazione di legge sia la causa dell'illegittimità dell'intero comportamento. La dimostrazione della esistenza nel nostro ordinamento, di una norma, per cui si può dire legittimo un atto, solo quando siano conformi alla norma tutti i momenti vincolati dell'esercizio del potere, nel quale esso consiste, appare evidentemente superflua⁽¹¹⁶⁾.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si può tentare di determinare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo nel modo seguente.

Come al solito, il punto di partenza è costituito dall'identi-

(115) Per quel che riguarda la mancanza del carattere autonomo dei singoli elementi dell'atto, v. i rilievi di SANCILLA, *Il procedimento*, cit., pag. 232, in nota.

(116) Si intende, che l'affermazione di cui nel testo, vale solo in relazione alla violazione di una di quelle norme, le quali, appunto, disciplinano il comportamento strumentale, a pena della invalidità di quanto a produrre il suo effetto giuridico tipico; rimangono evidentemente al di fuori di questa ipotesi, quelle norme, la cui violazione importa solo la semplice e irregolarità dell'atto.

ficazione della conclusione del sillogismo del giudice amministrativo, con l'accertamento della legittimità o dell'illegittimità dell'atto impugnato. Qui si delinea l'ipotesi, nella quale l'atto sia riconosciuto illegittimo: è evidente che nell'ipotesi opposta, l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali rimarrà inalterato, ma, solo, saranno parimenti opposte le conclusioni dei vari sillogismi che si riflettono e vengono ricompresi in quella finale.

Dunque, se la conclusione del sillogismo del giudice amministrativo è costituita dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, la premessa minore di tale sillogismo, la quale, come si è detto prima genericamente, verte sul comportamento della pubblica Amministrazione, consiste nell'accertamento di una disformità dallo schema legislativo del comportamento stesso; più precisamente, nell'accertamento della violazione di una norma, che vincola l'esercizio del potere, nel quale l'atto impugnato si risolve. È bene far risaltare come l'accertamento di tale violazione abbia sempre, di per sé, carattere pregiudiziale, e non faccia mai parte dell'oggetto del giudizio, perchè da questa considerazione sarà poi possibile trarre, in seguito, alcune conseguenze⁽¹¹⁷⁾.

Poichè la norma violata e, analogamente, la sua violazione, possono essere le più varie, ne discende che il contenuto della premessa minore del sillogismo del giudice amministrativo muta di volta in volta, in puntuale corrispondenza al mutare del vizio, da cui l'atto impugnato è affetto.

Per contro, la premessa maggiore di tale sillogismo sembra avere un contenuto costante: essa, infatti, pare consistere in quella norma di legge, costituita dal principio cui sopra si è accennato, per cui la violazione di una singola norma che vincola l'esercizio di un potere (nella specie: attribuito alla pubblica Amministrazione), provoca la disformità dal paradigma legislativo dell'intero esercizio, ossia l'illegittimità dell'atto.

(117) Per un collegamento tra questa violazione e l'oggetto del giudizio, v. però: SANCILLA, *L'istruttoria*, cit., pag. 24, 25.

la parte applicativa del presente lavoro, si può citare: la validità del consenso prestato dal proprietario di un fondo, per la costituzione di un consorzio di caccia, rispetto all'atto di costituzione di tale consorzio; lo status di cittadino nemico, del titolare di determinati beni, nei confronti del provvedimento di vincolo di questi; etc.

Per quel che concerne la seconda ipotesi prima prospettata, nella quale assumono rilevanza comportamenti della pubblica Amministrazione, diversi da quello che costituisce l'atto impugnato, i casi più importanti si hanno in relazione alla nozione di procedimento: come si è già accennato, infatti, quando la legge dispone che un determinato atto deve essere emanato solo sulla base di un procedimento, essa, in sostanza, non fa altro che vincolare nell'an l'esercizio del potere, nel quale tale atto consiste, ai previ esercizi dei poteri, che costituiscono i precedenti atti della serie procedimentale.

Cercando di individuare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in senso meramente logico nel processo amministrativo, si è già delineato, così, un quadro molto ricco di elementi, ed assai complesso, ma nel quale è ancora possibile rintracciare alcuni tratti fondamentali: tali accertamenti, infatti, devono anzitutto vertere, su tutti quei dati i quali, attraverso la disciplina dell'esercizio del potere in cui l'atto impugnato consiste, vengono a incidere sulla legittimità di questo; per tale ragione, i lineamenti degli accertamenti pregiudiziali, non possono non seguire fedelmente i lineamenti dello schema attraverso il quale procede lo stesso fenomeno sostanziale della illegittimità dell'atto amministrativo⁽¹¹⁴⁾; sotto questo profilo, dunque, il nesso

(114) Date le molte incertezze, le quali, come si è visto, avvolgono ancor oggi i lineamenti della nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, non può dettare sorpresa che si sia mosso in dubbio, in dottrina, perfino il carattere sostanziale di questa; come è noto, infatti, il Riccio ha sostenuto la tesi, secondo la quale la nozione di legittimità dell'atto amministrativo avrebbe una rilevanza solo processuale (La « legittimità » degli atti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pag. 224); cfr. anche, in precedenza: La natura giuridica dell'abuso di potere

di pregiudizialità che lega gli accertamenti fin qui prospettati, non è altro che un riflesso di carattere processuale, di un fenomeno che si svolge, anzitutto sul piano sostanziale.

Ma non basta, giacché gli oggetti degli accertamenti pregiudiziali fino adesso delineati non esauriscono completamente, ancora, tutti gli oggetti possibili di tali accertamenti: infatti, sia il comportamento effettivamente tenuto dalla pubblica Amministrazione, come i requisiti, alla cui sussistenza esso è vincolato per legge, devono essere a loro volta ricostruiti, mediante l'accertamento di quelle circostanze di fatto, ed eventualmente di diritto, sulla cui base è possibile dedurre, appaato, come si è comportata la pubblica Amministrazione, e se i requisiti suddetti sussistono nella realtà: si entra, in tal modo, in un campo di argomentazioni teoricamente infinito, e in cui ogni tentativo di rintracciare in esso dei criteri costanti, o, per lo meno, probabili, appare di enorme difficoltà, ed anche di dubbia utilità⁽¹¹⁵⁾.

Riguardo a tale campo, si può solo svolgere questa considerazione. Normalmente, la ricostruzione delle circostanze di fatto e di diritto adesso indicate, si presta solo indirettamente alla ricostruzione del comportamento della pubblica Amministrazione, e dei requisiti di legittimità di questo; ossia, in altre parole, questa ricostruzione è legata a quella, sulla base di pre-

come stato degli atti amministrativi, in *Annali Univ. Ferrara*, 1952. In questa sede, non è possibile procedere ad una valutazione delle argomentazioni poste a sostegno di tale tesi: su di esse, si vedano, comunque, le replies di CORRADI-BARBERA, (Una questione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi, in *Ferr. d. 1953, IV, 284 ss.), e i rilievi di CASARÀ, il quale assume una posizione, in un certo senso, intermedia, tra quella dei due autori citati (Attività e atto amministrativo, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 218, 221).*

(115) La materia, evidentemente, è comunque strettamente connessa col meccanismo stesso della istruttoria probatoria: su di essa viene ad incidere, perciò, anche il tipo di prova che il giudice amministrativo impiega per la ricostruzione del comportamento della pubblica Amministrazione, e dei fatti indicati nel testo; sul comportamento della pubblica Amministrazione, e dei fatti indicati nel testo, questo profilo, assume grande rilevanza la distinzione tra le prove c.d. rappresentative, le quali vertono direttamente sul fatto da provare, e le prove c.d. non rappresentative, le quali vertono su fatti diversi, ma sulla cui base il primo sia rappresentativo, immediatamente o mediatamente. In argomento, v., da ultimo, le considerazioni di BENVENUTI, *L'Istruttoria*, cit., pag. 96 ss., e la bibliografia ivi citata.

sanzioni, di valutazioni delle risultanze dei mezzi di prova, e della attendibilità di questi, e così via. Ora, nei limiti in cui ciò si verifica, si può notare come, per un verso, gli accertamenti compiuti dal giudice, in quanto appaiano l'uno come il presupposto logico del successivo, abbiano sempre carattere pregiudiziale, sia pure, appunto, in senso meramente logico; il nesso di pregiudizialità, che è da rinvenire tra essi, però, rimane limitato al solo piano processuale, e non trova più rispondenza in quello sostanziale, come accade, invece, per quel gruppo di altri accertamenti pregiudiziali, sopra prospettati.

Fino qui, le considerazioni che è possibile svolgere per la determinazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, sotto alcuni profili, di carattere generale. Si è cercato di dare una sommaria sistemazione all'estrema ricchezza di elementi sui quali tali accertamenti possono vertere, puntualizzando le principali fasi dell'iter logico del giudice, nelle quali essi vanno inquadrati; come è ovvio, queste fasi sono state tratteggiate, in modo più dettagliato le ultime, e molto più sfumate le precedenti. Non è però possibile procedere oltre in questo lavoro di analisi, senza rischiare di delineare una schematizzazione troppo semplicistica, e, quindi, irrealistica, e alla quale andrebbe sacrificata, in ogni modo, l'enorme ed inesauribile varietà di ipotesi, che i singoli casi concreti offrono.

26. Fino ad ora, si è cercato di descrivere l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, sia pure solo in senso meramente logico, nel processo amministrativo, individuando quelle entità di carattere sostanziale in cui essi si risolvono, e che il giudice amministrativo deve valutare, appunto, per pervenire alla soluzione della questione *c.d.* principale sottoposta al suo esame, vertente sulla legittimità dell'atto impugnato.

Questa individuazione è stata condotta sulla base del fenomeno della violazione da parte della pubblica Amministrazione, di norme che vincolano l'esercizio del potere ad essa at-

tribuito: proprio seguendo questa traccia, si è potuto analizzare e scomporre l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, in tutta quella serie di entità, svolgentesi su un piano sostanziale, ma che, a parte questo carattere comune, hanno la più varia natura, come si è precedentemente visto.

Il raggruppamento sul piano sostanziale di queste entità, ha, più che un valore positivo, quello negativo, di sottolineare come esse, di per sé, abbiano una esistenza del tutto autonoma e indipendente dal fenomeno processuale: malgrado questa loro caratteristica, però, tali entità sono state collegate e disposte secondo un profilo strettamente processuale, quale è quello dell'iter logico che il giudice amministrativo compie, e del nesso di pregiudizialità che in esso si manifesta, il quale, come si è detto, è solo entro certi limiti un riflesso di altro legame esistente tra queste entità stesse.

Ad ogni modo, sembra che gli oggetti degli accertamenti meramente pregiudiziali nel processo amministrativo, possano essere valutati anche da un punto di vista strettamente processuale, il quale, peraltro, è diverso da quello del nesso di pregiudizialità: tali oggetti, infatti, sembra possano essere collegati anche con la nozione processuale amministrativa di motivo del ricorso giurisdizionale.

L'opportunità di indagare questo collegamento discende chiaramente, dalla circostanza per cui un approfondimento del genere non può non illustrare maggiormente, e sotto un profilo ancora non sufficientemente considerato, il tema cui questo lavoro è dedicato; e, ad ogni modo, se anche, di riflesso, si potrà precisare la nozione di motivo di ricorso, questo costituirà un risultato, che, probabilmente, può essere raggiunto solo dal punto di vista qui scelto.

Di solito, infatti, nelle trattazioni di giustizia amministrativa, tale nozione è solamente ricordata, soprattutto a proposito del contenuto dell'atto introduttivo del giudizio; è notevole.

però, come essa, non solo non sia affatto analizzata, almeno di regola, ma anche come non se ne dia generalmente, una definizione purchessia⁽¹¹⁶⁾.

Questo, anzi, non costituisce un fenomeno limitato alla sola dottrina italiana, ma, al contrario, si manifesta anche nella dottrina straniera; si consideri, per esempio, la dottrina francese; e questo esempio non è scelto a caso, ma si riferisce alla analogia che presenta, sul punto, la disciplina del processo amministrativo in Italia e in Francia; ebbene, si cercherebbe invano, anche nelle ultime edizioni del trattato del DUEZ e del manuale del WALINE, una definizione del motivo di ricorso; il solo LAURADIXE⁽¹¹⁷⁾ si limita ad affermare: « On appelle cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir (ou moyen d'annulation) les diverses irrégularités qui peuvent affecter l'acte administratif et entraîner son annulation ».

Questa mancanza di approfondimento della nozione in parità fa spicco, per contro, nei confronti della rilevanza non indifferente che essa acquista nello svolgimento del processo amministrativo, e ciò sotto vari profili; anzitutto, come si è accennato, l'indicazione del motivo di ricorso deve essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio⁽¹¹⁸⁾; d'altra parte, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha elaborato alcuni principi, peraltro ben noti, secondo i quali la deduzione di motivi di ricorso è ostacolata da preclusioni, che si determinano in relazione a varie ipotesi, e a diversi momenti dell'iter pro-

⁽¹¹⁶⁾ Cfr., per es.: BIANCHI, *La giustizia amministrativa*, 6ª ed., Padova 1938, pag. 267; LASSANA, *La giustizia amministrativa*, 5ª ed., Bologna 1953, pag. 164, 165; RANALISTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Milano 1937, pag. 467; per le trattazioni di carattere più generale, v.: SANCIANI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2ª ed., Napoli 1925, pag. 543.

⁽¹¹⁷⁾ *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1954, pag. 381.

⁽¹¹⁸⁾ Art. 4, n. 1, R.D. 17 agosto 1961, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale); v. anche l'identico art. 9, n. 1 del R.D. n. 643, di pari data, riferentesi alla procedura davanti alla Giustizia provinciale amministrativa.

cessuale amministrativo; è appena il caso di ricordare, a questo proposito, la notissima tendenza giurisprudenziale, secondo la quale il ricorrente non può dedurre in sede giurisdizionale, motivi di ricorso nuovi, o comunque diversi, rispetto a quelli precedentemente dedotti nel ricorso amministrativo⁽¹¹⁹⁾; e l'altra tendenza, per cui ricorrente non può dedurre nel ricorso al Consiglio di Stato, come giudice amministrativo di secondo grado, motivi diversi da quelli dedotti in primo grado⁽¹²⁰⁾; e, ancora, l'orientamento per cui il ricorrente non

⁽¹¹⁹⁾ Il principio, in giurisprudenza, è assolutamente pacifico, ed a tutti noto; si citarono, comunque, tra le più recenti in tal senso, le decisioni della IV sezione: 15 maggio 1956, n. 361, in *Fare amm.*, 1956, I, 1, 411; 15 settembre 1956, n. 324, *id.*, 1957, I, 1, 396; VI sez., 2 aprile 1958, n. 211, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1958, 465. Questo orientamento non è condiviso da parte della dottrina; in senso contrario si veda soprattutto GUZZONATI (*id.*, da ultimo: *La giustizia amministrativa*, *cit.*, pag. 120), il quale già da tempo, in un suo ampio scritto, aveva vivacemente criticato questa tendenza giurisprudenziale (*I motivi di ricorso nei rapporti fra ricorso gerarchico e ricorso commissario*, in *Riv. dir. proc. cit.*, 1955, I, pag. 321 n., con varie citazioni di dottrina e giurisprudenza).

Indipendentemente da ogni considerazione sulla fondatezza dell'orientamento assunto dal Consiglio di Stato, sulla quale si tornerà in seguito, è da osservare come l'applicazione del principio che viene compiuta in giurisprudenza sia piuttosto incerta; infatti, se il principio in esame è pacificamente affermato nei confronti del ricorso gerarchico, esso, invece, è stato talvolta negato, nei confronti del ricorso in opposizione (v., in questo senso: IV sez., 25 giugno 1943, n. 211, in *Fare amm.*, 1948, I, 1, 229; VI sez., 27 giugno 1950, n. 234, *id.*, 1950, I, 1, 300; VI sez., 27 ottobre 1952, n. 859, *id.*, 1952, I, 1, 200; in senso contrario, però, IV sez., 9 giugno 1942, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, II, 104 e, da ultimo, *Ad. gen.*, 26 gennaio 1956 n. 33, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1956, 325); non solo, ma di tale principio è stata rifiutata l'applicazione anche nei confronti del ricorso presentato in materia operativa, ad una commissione regionale d'appello (V sez., 30 novembre 1953, n. 1265, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 1422).

E anche da ricordare la curiosa affermazione, contenuta in due diverse sentenze, secondo le quali il divieto di proporre in sede giurisdizionale motivi non proposti nel ricorso gerarchico, non vale per chi era costituzionalmente nei confronti di questo (VI sez., 21 maggio 1949, n. 46, in *Fare amm.*, 1949, I, 1, 21; V sez., 30 aprile 1954, n. 394, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1954, 422).

⁽¹²⁰⁾ Principio pacifico, e notissimo; v., tra le decisioni più recenti in questo senso: V sez., 16 giugno 1956, n. 389, in *Fare amm.*, 1956, I, 2, 600; *Ad. pl.*, 29 ottobre 1956, n. 15, *id.*, 1957, I, 4, 22.

può dedurre in memoria⁽¹⁴¹⁾ o, addirittura, in discussione

(141) Principio parimenti pacifico, insieme anche a quello della nota appunto; tra le varie decisioni, v.: V sez., 28 gennaio 1956, n. 65, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1956, 47; 11 luglio 1956, n. 413, *id.*, 515.

Da notare, però, come questa conclusione, come, a maggior ragione, quella di cui alla nota successiva, dipende da ragioni ben diverse da quelle alle quali si è accennato in precedenza: quelle preclusioni, infatti, conseguono ai caratteri che dal Consiglio di Stato sono attribuiti ai rapporti che interverranno tra ricorso giurisdizionale e ricorso amministrativo, oppure tra ricorso giurisdizionale di secondo grado, e ricorso giurisdizionale di primo. Viceversa, le preclusioni ora in esame discendono dalla circostanza per cui, normalmente, le memorie sono presentate, e la discussione orale è svolta in un momento successivo alla scadenza del termine per ricorrere contro l'atto impugnato; questo orientamento presuppone l'assunzione di una determinata posizione sulla natura e sulla funzione del motivo di ricorso, già afferente, del resto, nelle altre preclusioni di cui si è detto; posizione che si illustrerà meglio in seguito.

Tale fondamento della preclusione alla deduzione di motivi in memoria, e addirittura, nella discussione orale, appare chiaro, se si coordina la tendenza giurisprudenziale relativa, con l'altra, per cui la deduzione di questi motivi è ammessa, quando essa avvenga esclusivamente sulla base di atti e circostanze, le quali sono conosciute dal ricorrente solo posteriormente alla proposizione del ricorso (v., in questo senso: IV sez., 22 dicembre 1953, n. 1056, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 2047); e ciò accade di solito quando tali circostanze siano rilevabili solo da documenti depositati in giudizio dall'Amministrazione (tra le numerose decisioni che attestano la proposizione di motivi aggiunti in questa ipotesi, v.: V sez., 14 gennaio 1952, n. 4, in *Fare amm.*, 1952, I, 2, 207; VI sez., 25 febbraio 1952, n. 45, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 227; perché tali motivi vengono dedotti entro il termine fissato, documenti del deposito da parte dell'Amministrazione dei documenti dei quali sono rilevabili le circostanze su cui essi si basano (V sez., 28 marzo 1957, n. 75, in *Fare amm.*, 1957, I, 2, 318; VI sez., 21 marzo 1952, n. 116, *id.*, 1952, I, 3, 281; V sez., 27 agosto 1954, n. 826, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1954, 185; V sez., 21 maggio 1956, n. 409, in *Fare amm.*, 1956, I, 2, 623); da notare come la giurisprudenza abbia oscillato sul punto, giacché, talvolta, è stata affermata che la decorrenza del termine anzidetto inizia solo dalla conoscenza da parte del ricorrente, dei documenti depositati in giudizio dalla controparte; in questo senso, v.: V sez., 22 gennaio 1953, n. 52, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 60; questo orientamento è motivato con la considerazione che non si può pretendere che il ricorrente si informi ogni momento presso la segreteria o tramite continuamente il fascicolo; una strada incommoda tra queste due opposte soluzioni è stata affermata da una decisione, secondo la quale il principio maggiormente liberale per il ricorrente potrebbe essere applicato solo dopo la scadenza del termine di cui all'art. 31 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, termine il quale, appunto, è previsto per il deposito dei documenti da parte dell'Amministrazione e del controparte; per tale ragione, è stato ritenuto che il ricorrente, alla scadenza di tale termine, deve esaminare il fascicolo, secondo un minimo di diligenza (V. sez., 25 maggio 1956, n. 419, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1956, 581).

orale⁽¹⁴²⁾, motivi diversi da quelli dedotti nell'atto introduttivo del giudizio. Ma accanto a queste ipotesi, di frequentissima verificazione, è opportuno citare anche altri casi, più rari, ma che sono stati decisi secondo una uguale tendenza restrittiva: così, per esempio, si ricorderà che quando un primo ricorso contro un atto amministrativo sia stato dichiarato inammissibile, perchè proposto davanti a giudice incompetente, ma il ricorrente sia stato ammesso al beneficio dell'errore scusabile, nel successivo ricorso, è stato deciso, non possono essere dedotti motivi diversi da quelli proposti nel ricorso già respinto⁽¹⁴³⁾; e, parimenti, nell'ipotesi di intervento ad adiurandum, il Consiglio di Stato ha affermato che l'interveniente non può proporre motivi diversi da quelli dedotti dal ricorrente principale⁽¹⁴⁴⁾.

In relazione alla valutazione di queste ipotesi, tutte di rilevanza pratica assai notevole, del resto, sorge spontanea l'esigenza di chiarire che cosa debba essere precisato nell'atto introduttivo del giudizio amministrativo, e di che cosa sia preclusa la deduzione, nei casi precedentemente indicati. E questa esigenza di chiarimento può essere soddisfatta, per un verso, da una analisi del contenuto del motivo di ricorso, e dall'altro, da una sistemazione dogmaticamente soddisfacente della

Il fondamento indicato della preclusione in parola, risulta anche chiaramente dal principio affermato da una decisione della Adunanza pluriaria, secondo il quale sulla nota alla proposizione di motivi aggiunti, basati su circostanze già note al ricorrente, i quali sono dedotti in un nuovo ricorso, che completa quello già fatto, preclusa per l'impossibilità di questo (Ad. pl., 28 ottobre 1951, n. 4, in *Fare amm.*, 1951, I, 1, 656, con ampia motivazione nel testo).

Da notare, infine, come la preclusione alla proposizione di motivi aggiunti, rispetto a quelli dedotti nel ricorso, e basati su circostanze già note al ricorrente, è stata affermata anche per quel che riguarda il giudizio davanti alla Giunta provinciale amministrativa; v., in questo senso: V sez., 22 marzo 1958, n. 373, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1958, 382.

(142) Cfr., per tutti: IV sez., 14 aprile 1953, n. 68, in *Fare amm.*, 1953, I, 363; VI sez., 14 aprile 1953, n. 236, *id.*, 1953, I, 3, 281.

(143) V sez., 21 maggio 1955, n. 387, in *Fare amm.*, 1955, I, 2, 317.

(144) V sez., 4 giugno 1953, n. 831, in *Fare amm.*, 1953, I, 2, 312; IV sez., 21 dicembre 1956, n. 1176, nella motivazione (v., *id.*, 1957, I, 1, 275).

nozione in tal modo ricavata; sistemazione, la quale permetta, altrettanto, di valutare criticamente quei principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, alcuni dei quali, specie in materia di preclusione, sono, in dottrina, tutt'altro che indiscussi.

Occorre dare, però, una giustificazione dell'affermazione dell'esistenza di una relazione tra contenuto del motivo di ricorso, e oggetto degli accertamenti pregiudiziali, la quale permetta di non far ritenere un fuor d'opera, in un lavoro dedicato ai caratteri della pregiudiziale, l'analisi della nozione di motivo di ricorso; la dimostrazione di questa relazione, peraltro, non può non procedere di pari passo con l'analisi della nozione di motivo del ricorso: essa, perciò, non può essere data aprioristicamente; piuttosto, si possono subito anticipare quelli che saranno i risultati cui si perverrà; e cioè: che il termine « motivo » di ricorso non è usato in modo univoco in dottrina, e, soprattutto, in giurisprudenza; che, comunque, però, il contenuto del motivo di ricorso si deve identificare con un oggetto di un accertamento da parte del giudice amministrativo, il quale ha carattere meramente pregiudiziale, almeno in senso logico; e che, infine, ove si intenda l'espressione in esame nel suo significato più esteso, il contenuto del motivo determina anche i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, e, quantomeno, contribuisce a questa determinazione in modo assolutamente preponderante.

In genere, il punto di partenza per l'individuazione dei caratteri di una nozione, è costituito dall'analisi delle disposizioni di legge, che a questa si riferiscono, analisi da condurre, intanto, sotto un profilo meramente letterale.

Nell'ipotesi che ci occupa, le uniche disposizioni di legge che facciano esplicito riferimento al motivo di ricorso, sono quelle, già citate, le quali prescrivono che l'atto introduttivo del giudizio amministrativo deve contenere, tra l'altro: « l'esposizione sommaria dei fatti, i motivi su cui fonda il ricorso, con

l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati e le conclusioni ».

Dalla dizione letterale della norma sembra che sia possibile trarre le seguenti deduzioni. Anzitutto, si può trovare uno spunto, per quanto debole, nella distinzione che la legge fa, tra i fatti dedotti dal ricorrente, e i motivi veri e propri del ricorso; sulla base di tale distinzione si potrebbe già osservare, forse, che i motivi del ricorso giudiziale non dovrebbero consistere in « fatti »; in che limiti questa proposizione, frutto di un'prima impressione, sia esatta, lo si vedrà meglio successivamente.

Inoltre, il modo con cui la legge dispone che devono essere esplicitamente indicate dal ricorrente le norme che si accusano violate, sembra suggerire la considerazione che tale violazione debba costituire parte integrante, se non addirittura esclusiva, del motivo di ricorso; e, del resto, l'esplicito riferimento a tali norme è dovuto, come si vedrà, alla necessità di rendere più evidente un aspetto particolare della disciplina del processo amministrativo: per tale ragione, sarebbe arbitrario, forse, interpretare il duplice, distinto richiamo che la legge fa, al motivo di ricorso, e a tali norme, come un riferimento alla mancanza di uno stretto collegamento tra queste e quelle.

Infine, la legge distingue tra il motivo di ricorso, e le conclusioni del ricorrente; non solo, ma dallo sviluppo del dettato legislativo, pare che in esso siano anche delineati implicitamente i rapporti tra motivo e conclusioni, nel senso che il primo costituisce il fondamento delle seconde.

Se è lecito interpretare la lettera della disposizione in esame nel modo che si è detto, sembra che essa riveli, per la sua estrema sinteticità, una singolare precisione di concetti, ed una esatta puntualizzazione dello svolgimento logico delle affermazioni del ricorrente, contenute nell'atto introduttivo del giudizio.

Ad ogni modo, le considerazioni sopra accennate sem-

brano portare tutte verso una unica conclusione; e cioè che il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo sia costituito da quella violazione di una norma che vincola un aspetto dell'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, la quale comporta l'illegittimità dell'intero esercizio, ossia dell'atto considerato nel suo complesso; per tale ragione, è l'indicazione di tale violazione, che deve essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio.

Infatti, per un verso, tale violazione non si risolve solo in uno o più « fatti », dovendo essa ricollegarsi, piuttosto, alla nozione di « atto »; d'altra parte, molto spesso, come si è visto precedentemente, essa è apprezzabile solo alla luce di determinate circostanze di fatto e di diritto, che, di per sé, non costituiscono quel comportamento della pubblica Amministrazione della cui legittimità si discute: ecco spiegata la ragione, perciò, per cui la legge richiede che nell'atto introduttivo del giudizio sia indicato non solo il motivo di ricorso, inteso nel senso ristretto che si è visto, ma anche quei fatti, che valgono ad illustrarlo, per quanto non possano essere in esso ricompresi.

E ancora: solo se si esamina la disposizione di legge secondo questo ordine di idee, si può spiegare la stretta connessione, che traspare dal suo tenore letterale, tra il motivo di ricorso e la norma di legge violata: questa norma, infatti, è, in definitiva, elemento costitutivo del vizio del comportamento della pubblica Amministrazione.

Infine, l'identificazione tra motivo di ricorso, e questo vizio, risulta ancora rafforzata dal rapporto delineato dalla legge, tra il motivo di ricorso, e la conclusione della parte: da un lato, si potrebbe intendere per tale conclusione, il c.d. *petitum*, che la parte rivolge al giudice; ossia, nel caso che ci interessa, l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato; pare più corretto, però, ricollegare la conclusione prevista dalla norma in esame, a tutta la serie di argomentazioni svolte dalla parte, per rappresentare quella situazione giuridica di carattere sostanziale,

che dovrà essere accertata dal giudice, in un momento successivo dell'esplicazione della sua funzione, relativa all'accoglimento o meno della richiesta stessa; sotto questo profilo, la conclusione cui perviene la parte, non può non consistere nell'affermazione dell'illegittimità dell'atto, ossia, appunto di quella situazione giuridica che costituisce il presupposto del provvedimento di annullamento che il giudice dovrà emanare. Risulta evidente, allora, che se il motivo di ricorso è il fondamento della conclusione così intesa, esso deve necessariamente coincidere con quella violazione di una norma che disciplina un aspetto dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, violazione la quale provoca l'illegittimità dell'intero esercizio, unitariamente valutato.

L'identificazione del motivo di ricorso, con il vizio dell'atto amministrativo, merita, però, di essere maggiormente illustrata.

Il collegamento tra motivo e vizio, non è certo nuovo, ma, al contrario, si trova affermato, nella dottrina italiana, da tutti quegli autori, i quali hanno svolto alcune considerazioni sul tema in esame; è da osservare al riguardo, però, come tale collegamento non sempre sia stato delineato con gli stessi caratteri; e su queste oscillazioni ha senz'altro esercitato molta influenza la relativa incertezza che si riferisce ai contorni della nozione di vizio dell'atto amministrativo.

Così, per esempio, VITTA stabilisce una relazione di identità tra il motivo del ricorso e il vizio dell'atto⁽¹⁰⁷⁾, ma, d'altra parte, definisce come vizi dell'atto le tre tradizionali figure dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge⁽¹⁰⁸⁾. Ora, sembra che questa nozione di vizio dell'atto non possa essere accolta: infatti, queste tre tradizionali figure sembrano costituire, più che altro, i tipi di una classificazione elaborata per comodità di studio, mentre si deve intendere per vizio dell'atto la sua concreta difformità dal paradigma legisla-

(107) *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 311.

(108) *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 424, 425.

fare riferimento, addirittura, all'esposizione del c.d. «fatto», normalmente non pubblicato sui periodici specializzati.

Ad ogni modo, non pare dubbio che in tutta una serie di decisioni, e particolarmente in quelle pronunciate in materia di preclusione alla deduzione di motivi nuovi, il Consiglio di Stato ha considerato come motivo di ricorso la singola difformità dal paradigma legislativo, di un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, nell'esercizio del potere a questa attribuito⁽¹⁴⁴⁾.

(144) Questo orientamento del Consiglio di Stato è facilmente rilevabile dalle numerose decisioni, le quali hanno stabilito la preclusione alla deduzione di un dato motivo di ricorso, considerandolo motivo «nuovo», rispetto agli altri precedentemente proposti. Tralasciando i numerosi casi in cui il motivo che è stato considerato nuovo, è classificabile sotto una figura di vizio dell'atto, che è addirittura diversa da quella dei motivi precedentemente dedotti, è sufficiente ripeterci in cui è stata considerata motivo nuovo, anche una violazione di una norma di legge, la quale, pur diversa dalle altre precedentemente dedotte, è sempre classificabile nello stesso tipo di queste. Citando a caso, tra le innumerevoli fattispecie, si ricordati: IV sez., 26 aprile 1955, n. 338, in *Facc. amm.*, 1955, I, I, 247 (la fattispecie: il ricorrente aveva impugnato in sede gerarchica un provvedimento di punizione disciplinare, deducendo motivi concernenti vizi della procedura seguita nella inflizione di tale punizione, e che avrebbero portato alla inefficace instaurazione del contraddittorio, e alla lesione del diritto di difesa; la decisione negativa del ricorso gerarchico era stata, successivamente, impugnata con ricorso giurisdizionale, deducendo anche, oltre ai motivi suddetti, l'incompatibilità di uno dei membri della Commissione di disciplina: quest'ultimo è stato considerato motivo nuovo, imprevedibile per la prima volta in sede giurisdizionale); V sez., 29 settembre 1951, n. 863, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1951, 1070 (la fattispecie: il ricorrente, pubblico impiegato, aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di sospensione cautelare, deducendo un vizio di incompetenza e la infondatezza delle ragioni che erano state poste alla base del provvedimento stesso; la decisione negativa della Giunta era stata impugnata, successivamente, davanti al Consiglio di Stato, deducendo, oltre ai motivi suddetti, anche la inesistenza del provvedimento disciplinare; questo è stato considerato come motivo nuovo, come tale imprevedibile per la prima volta in secondo grado); V sez., 22 febbraio 1953, n. 214, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1953, 145 (la fattispecie: il ricorrente aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa gli atti costituenti le operazioni di elezione di un Consiglio comunale, deducendo la costituzione di alcune schede; la decisione negativa della Giunta era stata impugnata, successivamente, davanti al Consiglio di Stato, deducendo, oltre al motivo suddetto, anche che alcune schede portavano dei segni accanto al nome dei candidati, il che, secondo la giurisprudenza, avrebbe importato la nullità del voto; questo è stato ritenuto motivo nuovo, come tale imprevedibile per la prima volta in secondo grado).

Ove si intenda la nozione di motivo di ricorso con il significato che si è indicato, esso costituisce, senza dubbio, l'oggetto di un accertamento del giudice amministrativo, il quale ha, tipicamente, carattere meramente pregiudiziale, almeno sotto un profilo puramente logico: si è già visto in precedenza, infatti, come sia, appunto, pregiudiziale, l'accertamento da parte del giudice, della singola violazione della norma compiuta dall'Amministrazione; anzi, proprio in quella occasione, si ebbe modo di precisare che con tale accertamento il giudice amministrativo ricostruisce quella che è la premessa minore del suo sillogismo finale.

L'analisi del contenuto del motivo di ricorso, però, può essere proseguita anche ulteriormente. Si può osservare, infatti, che la difformità dal paradigma legislativo del singolo aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, risulta, evidentemente, dal combinarsi di due elementi, i quali, considerati in sé e per sé, hanno, altrimenti, una esistenza del tutto autonoma e distinta: la norma di legge, che è violata, e l'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che la viola.

In un certo senso, norma di legge, e comportamento, sembrano essere i due elementi costitutivi del fenomeno della difformità dal paradigma legislativo dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione; per tale ragione, in definitiva, tali due elementi sono parte integrante dello stesso motivo di ricorso.

In senso puntualmente corrispondente si è orientata la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Che il mutamento dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che si assume violare la legge, e sul quale il ricorrente richiama l'attenzione del giudice, si traduca, in ogni caso, in un mutamento del motivo di ricorso, appare, in verità, cosa così ovvia, e talmente nota, da rendere inutile ogni dimostrazione, e anche qualsiasi citazione delle innumerevoli decisioni che il Consiglio di Stato ha avuto occasione di pronunciare in tal senso.

Meno frequente è il caso in cui la giurisprudenza ha ritenuto esistere un mutamento del motivo di ricorso, in corrispondenza con un cambiamento, di solito proposto dal ricorrente, della norma di legge, alla cui stregua valutare un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, il quale, dal canto suo, è rimasto immutato; è possibile registrare, però, alcuni esempi del genere, i quali, peraltro, possono confermare chiaramente l'assunto (127).

(127) Meritano qui di essere riportate in dettaglio alcune decisioni, le quali hanno esaminato se le deduzioni del ricorrente concernessero o meno un motivo nuovo, in ipotesi in cui il ricorrente stesso proponeva diversi profili giuridici, sotto i quali valutare dei fatti, già precedentemente acquisiti al giudizio: queste decisioni, infatti, sembrano presentare degli aspetti di notevole interesse, i quali, del resto, saranno analizzati più ampiamente successivamente, nel testo, a proposito dell'inquadramento dogmatico della nozione di motivo di ricorso. È da avvertire, però, che, in questa nota, si citano genericamente casi in cui quel che rimane inalterato è un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, oppure un fatto, di per sé estraneo a questo, ma sulla cui base si deve valutare il comportamento stesso.

V sez., 17 febbraio 1958, n. 172, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1958, 294; la fattispecie: il ricorrente, pubblico impiegato, aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di licenziamento, deducendo tutta una serie di motivi, che non importa qui analizzare, tendenti, come è detto nel ricorso, a dimostrare la « illegalità e la arbitrarietà » del licenziamento stesso; tra l'altro, era stata dedotta anche la circostanza che il ricorrente era reduce di guerra, per far meglio risultare la gravità e la iniquità del provvedimento. Malgrado ciò, la decisione della Giunta è negativa, e questa viene impugnata davanti al Consiglio di Stato, deducendo, oltre a tutti i motivi analizzati, anche la violazione dell'art. 1 del D.L. 23 marzo 1943, n. 418, il quale, secondo la interpretazione sostenuta dal ricorrente, vieterebbe il licenziamento dei reduci per un periodo di due anni; il Consiglio di Stato, pur riconoscendo che la circostanza che il ricorrente era reduce, era già stata dedotta in primo grado, ha affermato che la valutazione di questa circostanza, sotto un profilo giuridico diverso da quello proposto davanti alla Giunta costituisce motivo nuovo, e, come tale, improprio per la prima volta in grado di appello.

IV sez., 28 ottobre 1958, n. 321, in *Fury amm.*, 1952, I, 1, 112, ma inedito sul punto; la fattispecie: il ricorrente, ufficiale della Guardia di Finanza, aveva impugnato davanti al Consiglio di Stato un provvedimento, col quale egli veniva dichiarato « non percolato » ai fini dell'avanzamento, deducendo la mancata partecipazione tra i membri della Commissione centrale per l'avanzamento, di un generale, indicato nominativamente, Ispettore generale della Guardia di Finanza, e al quale era stata erroneamente attribuita nel ricorso anche la qualifica di vice-comandante della stessa Corpo; il Consiglio di Stato, con sentenza interlocutoria,

Sulla base delle considerazioni che precedono, sembra evidente che in tanto un motivo di ricorso può dirsi individuato, in quanto ne siano precisati ambedue i suoi elementi costitutivi; d'altra parte, si sono già citate quelle disposizioni, le quali prescrivono che il motivo di ricorso debba essere indicato nell'atto introduttivo del giudizio: ora, alla luce dei rilievi che precedono, è possibile rilevare come una prescrizione del genere si debba sempre, necessariamente, risolvere in quella della indicazione in tale atto, dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione che si assume essere disforme dalla norma, e di questa norma stessa.

Sotto questo profilo, si spiega perfettamente, perciò, quella giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale, in innumerevoli

aveva interpretato tale motivo, nel senso che il ricorrente si lamentasse della mancata partecipazione del vice-comandante, che, in realtà, era persona diversa dal generale nominativamente indicato; successivamente, il ricorrente chiarì che intendeva dolersi della mancata partecipazione di questo generale, nella sua qualità di Ispettore generale; il Consiglio di Stato, affermando che questa interpretazione del motivo di gravame era, comunque, ostacolata dal passaggio in giudizio della sentenza interlocutoria, osservò che, valutando diversamente la circostanza della mancata partecipazione ad una stessa seduta di una stessa persona, si veniva a cambiare il motivo di ricorso.

V sez., 28 marzo 1954, n. 258, in *Fury amm.*, 1954, I, 2, 246, ma inedita sul punto; la fattispecie: il ricorrente aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di scioglimento in servizio, da cui era stato allontanato per (affermando ragioni politiche, deducendo la violazione del D.Leg. 7 febbraio 1948, n. 48, che, appunto, dispone la revoca della direzione del servizio in seguito ad operazione); la decisione negativa della Giunta era stata impugnata in Consiglio di Stato, deducendo anche la violazione dell'art. 1 del D.L. 4 gennaio 1944, n. 7, e dell'art. 6 D.Leg. 20 ottobre 1944, n. 268, i quali dispongono la riassunzione in servizio di impiegati allontanati per motivi politici, facendo riferimento, però, al periodo fascista; il Consiglio di Stato ha ritenuto che il richiamo di queste ultime norme di legge, concernenti un motivo ha ritenuto che il richiamo di queste ultime norme di legge, concernenti un motivo nuovo, e, come tale, inammissibile in grado di appello; e ciò, a prescindere dalla evidente contraddittorietà dei motivi proposti.

Infine, come ulteriore esempio della ipotesi in cui la valutazione sotto un diverso profilo giuridico, di un fatto già acquisito al processo amministrativo, costituisce un motivo nuovo di ricorso, è da ricordare la decisione già citata precedentemente, nella nota 24, pag. 217; si vedano anche le fattispecie citate infra, nella nota 148.

casì, ha dichiarato inammissibile, perchè generico, il motivo di ricorso, nel quale non era sufficientemente precisato l'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, il quale si assumeva violare la norma.

Le considerazioni che precedono, però, permettono di valutare esattamente anche la portata della disposizione, per cui nell'atto introduttivo del ricorso devono essere indicate anche le norme di legge che si afferma essere state violate: disposizione, la quale è frequentemente applicata dal giudice amministrativo, per dichiarare inammissibili per genericità taluni motivi di ricorso ⁽¹¹⁷⁾.

D'altra parte, il contenuto normativo che, pacificamente, è attribuito alla disposizione in esame, non si esaurisce nella mera prescrizione di una attività che la parte deve compiere, nella compilazione dell'atto introduttivo del giudizio: la dottrina, unanime, va oltre, sostenendo che il giudice amministrativo

(117) La casistica in cui il Consiglio di Stato ha dichiarato generico un motivo di ricorso, perchè in esso non era stata individuata la norma di legge violata dall'aspetto del comportamento dell'Amministrazione, pure sufficientemente precisato, è analitico meno ricca di quella che si riferisce alla genericità del motivo per indeterminazione del comportamento dell'Amministrazione, o, in genere, del *cas. e facti*. Ciò nonostante è possibile reperire le stesse alcune decisioni in tal senso, tra cui, alquanto significativa, quella della V sez., 22 aprile 1913, n. 205, di cui è stata pubblicata la sola massima (*Foro amm.*, 1913, I, 2, 236; *Riv. Cons. Stato*, 1913, 246) la quale, peraltro, è del tutto generica, e non lascia trasparire le particolarità del caso; in tale fattispecie era stata impugnata una delibera di bando di concorso, la quale prescriveva che i concorrenti avessero residenza stabile nell'ambito del territorio del Comune, che aveva bandito il concorso stesso; il Consiglio di Stato ha dichiarato generico, quel motivo in cui tale delibera si affermava essere in contrasto con le « leggi vigenti ».

È da osservare, comunque, che la giurisprudenza, in genere, interpretata con una certa larghezza la disposizione, per cui nell'atto introduttivo del ricorso devono essere indicati gli articoli di legge e di regolamento che si assume essere stati violati dall'Amministrazione; tale giurisprudenza, infatti, per richiedendo l'esatta individuazione della norma violata, assume che essa sia determinata anche con mezzi diversi da quella, strettamente formale, dell'indicazione dell'articolo di legge in cui è contenuta (v., per esempio: VI sez., 18 maggio 1911, n. 208, in *Foro amm.*, 1911, I, 2, 279; in dottrina, *ob.*: Zaccaroni, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 236).

è vincolato alle indicazioni delle norme di legge che il ricorrente deve compiere, nel senso che egli può valutare solo alla luce di queste, la fattispecie concreta esposta nel ricorso; e, in questo, si vede comunemente una limitazione dell'applicazione nel processo amministrativo, del principio *ius nequit curia*, che, si afferma, domina incontrastata, viceversa, il processo civile; quel principio, cioè, per cui, se il giudice, nei processi di tipo dispositivo, è vincolato alla cognizione del solo materiale di fatto dedotto dalla parte, egli, al contrario, è libero di valutare tale materiale, alla stregua di norme di legge, la cui scelta è rimessa esclusivamente a lui, senza che possa essere limitata da deduzioni di parte.

Non si può negare che un certo vincolo del potere di cognizione del giudice amministrativo, alle norme di legge dedotte dal ricorrente, sussista effettivamente; ma non pare che questo vincolo possa essere dedotto unicamente dalla disposizione in parola, e, soprattutto, esso deve essere contenuto in limiti assai più ristretti di quelli che appaiono dalla sua ampia formulazione che si è indicata.

Infatti, la disposizione che si esamina, pare dovuta alla sola esigenza che nell'atto introduttivo del giudizio il motivo di ricorso sia precisato in tutti i suoi aspetti; e, per le considerazioni svolte in precedenza, questa esigenza è del tutto sufficiente a richiedere che in tale atto siano indicate anche le norme che si assumono essere state violate dall'Amministrazione ⁽¹¹⁸⁾.

(118) Sull'adattamento, pacificamente accolta, ad interpretare la disposizione del regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato nel senso di cui nel testo, ha sicuramente esercitato una influenza, peraltro non esattamente determinabile, il principio per cui la Cassazione, nella valutazione della fondatezza della sentenza impugnata, è vincolata ai vizi di tale sentenza rilevati dal ricorrente, e deboli come motivi di ricorso (v., per tutti: CACCIAMANO, *La Cassazione civile*, cit., vol. II, pag. 138 ss., e pag. 217, nota 7). Questa influenza, del resto, si ricollega ad un generico indirizzo, volto a distinguere perfino analogie tra il ricorso per Cassazione, e il ricorso al Consiglio di Stato, tanto che, quando si individua una divergenza di disciplina tra l'uno e l'altro, non si manca di far

In realtà, il vincolo del giudice alle deduzioni del ricorrente, per quel che riguarda la scelta delle norme di legge da applicare alla fattispecie, sembra derivare non da considerazioni di carattere meramente formale, attinenti, cioè, al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio, ma da altri rilievi, di carattere più sostanziale; dai rilievi, cioè, per cui se il giudice amministrativo potesse valutare il comportamento dell'Amministrazione, alla luce di una norma, la quale è diversa da quella che il ricorrente assume essere stata violata, egli, in sostanza, cambierebbe lo stesso motivo di ricorso dedotto dal ricorrente medesimo; seguendo questo ordine di idee, si arriva alla conclusione che il giudice amministrativo, non tanto è vincolato alle deduzioni di parte, per quel che riguarda la scelta delle norme da applicare alla fattispecie, su un piano generale, quanto è vincolato alle deduzioni di parte, nell'indagine sulla legittimità dell'atto

rilevare la cosa, quasi che si trattasse di una deviazione da un principio generale.

Per quel che riguarda il punto specifico, della prescrizione legislativa della indicazione nell'atto di ricorso della norma di legge che si assume essere violata, in ambidue i casi, effettivamente, tale prescrizione si presenta come sostanzialmente analoga (cfr. art. 266 cod. proc. civ., nn. 3, 4); e anche nel caso della Cassazione, si tratta di una disposizione, la quale è puntualmente applicata con quel temperamento di carattere formale, che si è visto alla fine della nota precedente, essere ammessa dal Consiglio di Stato (v. Cass., 22 novembre 1951, n. 4289, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce: Cassazione in materia civile, n. 340; Cass., 22 ottobre 1955, n. 2445, ivi, 1955, n. 171).

In ogni caso, però, come si accenna anche nel testo, la prescrizione della indicazione degli articoli di legge sui quali l'attore (o il ricorrente) basa la propria domanda, nell'atto introduttivo del giudizio, non può valere, di per sé, come vincolo alla valutazione da parte del materiale di fatto, dedotta dall'attore, solo sotto il profilo giuridico da questo proposto; infatti, nel processo civile di merito, nel quale, si afferma, vige incontrastato il principio *latae novae curia*, il contenuto dell'atto di citazione è determinato dall'art. 163, § comma, cod. proc. civ., il quale, al n. 4, fa esplicito riferimento alla esposizione che l'attore deve compiere, non solo dei fatti, ma anche degli elementi di diritto, posti a fondamento della domanda.

In realtà, il vincolo del giudice alle deduzioni del ricorrente, anche per quel che riguarda la scelta delle norme di legge da applicare alla fattispecie, e i limiti di questo vincolo, possono dipendere solo da ragioni di carattere sistematico, di cui si dice nel testo.

impugnato, per quel che riguarda il vizio, la cui sussistenza è da riscontrare; del resto, che questo sia l'orientamento del Consiglio di Stato sul punto, lo si può dedurre chiaramente da alcune decisioni, degne del massimo interesse (**).

Stando così le cose, si può osservare come, sotto un certo profilo, il giudice amministrativo sia vincolato alle deduzioni di

(**) Particolarmente significativa due decisioni della V sez.: 28 gennaio 1956, n. 69, e 22 marzo 1955, n. 424; di queste due decisioni risulta pubblicata, però, la sola massima, la quale non lascia trasparire assolutamente gli aspetti più interessanti delle pronunce (la prima è pubblicata in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 266, e in *Ess. giur. Cons. Stato*, 1956, 342; la seconda, in *Ess. giur. Cons. Stato*, 1955, 305).

Nei due casi, le fattispecie delle presentazioni corrispondevano analogie, in quelle disposizioni di un regolamento comunale, che in esse assumevano rilevanza.

La prima: un dipendente del Comune di Milano, licenziato per ragioni disciplinari, aveva impugnato il provvedimento davanti alla Giunta provinciale amministrativa, deducendo un vizio di merito: la eccessività della posizione inflitta, rispetto alla indagine commessa. La decisione di rigetto della Giunta era stata impugnata, successivamente, davanti al Consiglio di Stato, in appello, e, nel ricorso, era stata dedotta per la prima volta l'argomentazione, per cui l'infrazione commessa dal dipendente, era stata classificata tra quelle previste dall'art. 41 del regolamento generale del personale del Comune di Milano, la cui sanzione prescritta è, appunto, il licenziamento; tale indagine, invece, doveva essere classificata tra quelle previste dal successivo art. 42, per le quali sono previste sanzioni di minore entità, e, in ogni caso, al dipendente doveva essere concessa l'attenuante di cui all'art. 49 dello stesso regolamento.

La seconda fattispecie è in tutto e per tutto identica alla prima, anche nel suo svolgimento processuale; solo, gli articoli del regolamento del Comune di Milano, citati per la prima volta in grado di appello, erano stati richiamati al fine di configurare, nel comportamento dell'Amministrazione, un vizio di violazione di legge.

Il Consiglio di Stato ha ammesso la prima argomentazione, ed ha respinto la seconda, considerando questa, a differenza di quella, come un motivo nuovo; questa apparente contraddittorietà di giudizi, rivela, invece, una singolare coerenza e precisione di concetti; infatti, nella prima ipotesi, il motivo dedotto davanti al Consiglio di Stato era rimasto identico rispetto a quello proposto davanti alla Giunta, e cioè era quello, di merito, concernente la eccessività della pena, in relazione alla infrazione commessa dal dipendente licenziato; la classificazione delle disposizioni del Comune di Milano era stata compiuta al solo fine di far risultare meglio questa eccessività (né importa qui esaminare i limiti, entro cui un processo logico del genere, con coniazioni del vizio di legittimità con quello di merito, era possibile). Nel secondo caso, al contrario, era stata dedotta una vera e propria violazione di legge, proponendo un vero e proprio motivo nuovo di impugnativa.

parte anche per quel che riguarda le norme da applicare alla fattispecie; e che perciò, sotto lo stesso profilo, l'applicazione del principio *iura novit curia* sia limitata nel processo amministrativo; non pare dubbio, però, che proprio questo profilo non sia il migliore per poter apprezzare il fenomeno in tutta la sua portata; e che, ad ogni modo, l'applicazione del principio in parola non è affatto esclusa in ogni caso, e, anzi, è perfettamente ammessa, tutte le volte in cui il mutamento della norma di legge non si traduce in un mutamento del motivo di ricorso dedotto dal ricorrente⁽¹²¹⁾; e, del resto, è appena il caso di notare come, secondo la classica opinione del CALAMANDREI, si verificò l'identico fenomeno anche in altro giudizio di impugnazione: quello di Cassazione⁽¹²²⁾.

Quali conseguenze siano da trarre su un piano sistematico dalle considerazioni qui svolte, lo si vedrà successivamente, in sede di inquadramento dogmatico della nozione di motivo di ricorso; per il momento, appare più opportuno trarre le conseguenze per il tema che specificamente interessa, di quella maggiore analisi del contenuto del motivo di ricorso amministrativo, che si è potuta compiere: è evidente come anche i due elementi di tale contenuto che si sono precisati, costituiscono oggetto di accertamenti da parte del giudice amministrativo, i quali hanno carattere meramente pregiudiziale, almeno in senso meramente logico; tali accertamenti, più esattamente, si risolvono in due

(121) Si veda, a questo proposito, questo passaggio della motivazione della prima delle due decisioni citate nella nota precedente: «Ora, nella rivalutazione dei fatti che il giudice amministrativo deve effettuare, per determinare l'adeguatezza o meno della sanzione inflitta, è uno preciso compito rinvenire la disposizione che meglio si adatti ai fatti stessi costituenti la mancanza disciplinare; e, pertanto, a nulla rileva la circostanza che le parti propongono e no l'applicabilità di alcune disposizioni regolamentari in luogo di altre, di fatto applicate; per apprezzare la portata di queste affermazioni, si deve considerare che, nella fattispecie decisa, il vizio denunciato dell'atto impugnato si concretava, appunto, nella inadeguatezza della sanzione inflitta al ricorrente: perciò, nel passo riportato, le parole corrispondenti possono essere sostituite con quelle, ben più generali, di vizio dell'atto dedotto».

(122) La Cassazione civile, cit., pag. 166, 162.

proposizioni, che si ritrovano tipicamente in ogni iter logico compiuto dal giudice amministrativo: gli accertamenti dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che si assume violare la norma, e di questa norma stessa, infatti, costituiscono i termini di un sillogismo che è, per così dire, un passaggio obbligato dell'iter del giudice amministrativo: la sua conclusione determina se sussista, nella realtà, quella difformità del comportamento della pubblica Amministrazione dal paradigma legislativo, che produce l'illegittimità dell'intero comportamento stesso; ossia, tale sillogismo determina a sua volta, come si è detto, la premessa minore del sillogismo finale del giudice⁽¹²³⁾.

Si è così pervenuti alla individuazione, nel contenuto del motivo di ricorso, di quegli elementi, che costituiscono i tipici oggetti degli ultimi accertamenti pregiudiziali compiuti dal giudice amministrativo; ma in questa analisi dei rapporti tra oggetto degli accertamenti pregiudiziali, in genere, e contenuto del motivo di ricorso, si può andare ancora oltre; materiale assai prezioso, in questa indagine, ci è offerto dalla ricchissima casistica giurisprudenziale, in materia di motivi di ricorso, specie per quel che riguarda il grado di precisione che la indicazione di questi deve assumere, nell'atto introduttivo del giudizio.

Nell'esame di questa giurisprudenza, è possibile rinvenire, infatti, un orientamento tendente ad allargare il contenuto del motivo di ricorso, oltre i suoi limiti fin qui tracciati, e rompendo necessariamente, perciò, il collegamento tra di esso, e la difformità dal paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione.

Infatti, molto spesso, il Consiglio di Stato ha ritenuto *generico* dei motivi di ricorso, nei quali non erano sufficientemente precisate delle circostanze di fatto le quali, se per un verso rilevavano ai fini della valutazione del vizio del comportamento

(123) Civ., *supra*, pag. 322.

dell'Amministrazione, d'altro canto, di per sé, in quanto tali, erano estrinseche al compartamento stesso.

× Talvolta, questa tendenza può essere spiegata, perché cosa si riferisce ad ipotesi, in cui il vizio dell'atto non è altrimenti individuabile, se non sulla base della valutazione delle circostanze prodette⁽¹⁴²⁾: si tratta di ipotesi, che rientrano nel fenomeno generale della illegittimità dell'atto amministrativo, e a cui si è già accennato precedentemente⁽¹⁴³⁾. In queste ipotesi, è evidente, la individuazione del vizio dell'atto, non può non procedere di pari passo, con la precisazione delle circostanze, sulla cui base questo è apprezzabile: se queste non sono indicate, è la stessa determinabilità del vizio che viene meno, e perciò, in definitiva, il motivo corrispondente non può non essere generico.

Non di rado, però, il Consiglio di Stato traduce in genericità del motivo, la mancata precisazione nell'atto introduttivo del ricorso, di talune circostanze, le quali non solo sono, di per sé, estrinseche al compartamento dell'Amministrazione, e, quindi, al suo vizio, ma anche, a rigore, non sono indispensabili per

(142) Casi del genere ricorrono frequentemente, quando il ricorso deduce un vizio dell'atto, che può essere classificato in una di quelle figure di eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza: disparità di trattamento, travisamento di fatti, illegittimità manifesta, ecc., senza, però, che siano indicate, contemporaneamente, le circostanze in cui tale travisamento, tale disparità di trattamento si concreta; che, senza tale precisazione, il motivo di ricorso appaia generico, risulta evidente, che si consideri che uno stesso atto può avere travisato i fatti, disposto un trattamento non eguale, ecc., sotto diversi aspetti; e questo fenomeno, del resto, non è altro che il riflesso di quella circostanza, cui si è precedentemente accennato, per cui, talvolta, l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione è rilevabile solo se questo è valutato alla luce di elementi di fatto ad esso estrinseci (per esempio, tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla genericità di motivi, che possono essere ricondotti all'ipotesi in esame, v.: V sez., 7 dicembre 1952, n. 1362, in *Riv. giur. Cons. Stato*, 1953, 1422, che ha dichiarato generico un motivo di eccesso di potere per travisamento di fatti, senza indicare i fatti che sarebbe stati travisati; VI sez., 21 febbraio 1953, n. 81, in *Foro amm.*, 1953, I, 3, 226, che ha dichiarato generico un motivo di eccesso di potere per illegittimità e contraddittorietà del provvedimento senza indicare il profilo, sotto cui apprezzare l'uno o l'altro.

(143) Cf., supra, pag. 202 ss.

la individuazione di questo, rilevando, tutt'al più, solo come elementi di valutazione della effettività della affermata sussistenza di tale vizio, già, di per sé, sufficientemente precisato⁽¹⁴⁴⁾.

È evidente, come l'orientamento giurisprudenziale in esame tenda a ricomprendere tali fatti, nel contenuto del motivo di ricorso; ma già in riferimento a queste decisioni, sembra delinearsi una discordanza, tra la nozione di motivo di ricorso, che si può trarre dall'orientamento in esame, e un'altra nozione di motivo di ricorso che è alla base, viceversa, di altri gruppi di decisioni, dello stesso Consiglio di Stato, e vertenti in materia di preclusione di motivi nuovi.

Infatti, il Consiglio di Stato, in alcune decisioni di notevole interesse, vertenti su questa materia, ha ritenuto che non sem-

(144) Ammettiamo senz'altro che appare assai difficile operare una netta distinzione tra questa ipotesi, e quella di cui alla precedente nota; comunque, sembra che si possano individuare dei casi, in cui, a rigore, l'indicazione di determinati fatti, pur essendo necessaria per accertare se un determinato vizio dell'atto esistente, non è però indispensabile, per la precisazione del vizio stesso; probabilmente, deve essere fatta rientrare in questa ipotesi, il caso in cui, nell'impugnazione di provvedimenti relativi all'avanzamento di ufficiali di carriera, si deduce come motivo di ricorso la incompletezza, o la inesattezza del libretto personale dell'ufficiale, senza indicare, però, quali sono le note che sarebbero mancanti, e illegittime; oppure, il Consiglio di Stato ha sempre dichiarato generico tale motivo, che non contenesse l'indicazione di questa nota (v., per esempio: IV sez., 7 febbraio 1953, n. 95, in *Riv. giur. Cons. Stato*, 1953, 1382, dove è pubblicata, però, la sola massima, la quale non lascia trasparire le particolarità della fattispecie; IV sez., 3 marzo 1950, n. 332, in *Foro amm.*, 1950, I, 3, 234; anche qui, però, si può leggere la sola massima, con lo stesso infortunio; IV sez., 22 maggio 1949, n. 100, in *id.*, 1949, I, 3, 215; stessa avvertenza).

Si veda anche la fattispecie data dalla VI sez., 22 maggio 1952, n. 104, in *Foro amm.*, 1952, I, 3, 270 (anche qui, non è riportata la motivazione, necessaria per rilevare gli elementi salienti del caso): nel ricorso era stato impugnato un provvedimento, connesso con un rapporto di impiego con la FF. SS., deducendo un motivo di disparità di trattamento; il vizio corrispondente era stato precisato nel senso, che tale disparità si sarebbe concretata nella circostanza per cui degli ex retriati, non corrisposti al ricorrente, erano stati attribuiti, al contrario, ad altri funzionari, che si trovavano nella identiche condizioni; mancava l'indicazione di questi funzionari; è assai dubbio, però, che tale indicazione potesse servire alla individuazione della concreta dedotta, e non stonasse, invece, alla verifica della sussistenza di questo; la decisione citata, comunque, ha scelto la prima tesi, dichiarando, per questa ragione, generico il motivo.

pre il mutamento dei « fatti » dedotti dal ricorrente si risolve necessariamente nel mutamento del motivo proposto; e i casi in cui il Consiglio di Stato si è orientato in questo senso, possono essere precisati, facendoli rientrare nella ipotesi in cui il mutamento dei fatti assieclti, non implica il mutamento dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che si assume essere contrario alla norma; ossia, in altre parole, nella ipotesi in cui i fatti che vengono mutati, non costituiscono elementi di identificazione di tale aspetto ⁽¹²⁷⁾ ⁽¹²⁸⁾.

È evidente come, secondo quest'ultimo orientamento giuri-

(127) Particolarmente notevole la seguente fattispecie: il ricorrente, pubblico impiegato, aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di dimissioni d'ufficio, proponendo nell'atto di ricorso il motivo che egli non aveva mai avuto la volontà di abbandonare il servizio; successivamente, in sostanza, il ricorrente aveva dedotto anche la circostanza, che l'Amministrazione, prima di emanare il provvedimento impugnato, aveva omesso di risolvargli diffida a riprendere il servizio. Il Consiglio di Stato ha deciso che la succitata deduzione di questa circostanza, non concreta la proposizione di un motivo nuovo, perché, in quel tempo (allorquando la decisione), la giurisprudenza era nel senso che il provvedimento di dimissioni d'ufficio fosse basato sulla presunzione della volontà del dipendente di abbandonare il servizio (e in questa stacchia la differenza dell'atto di cui si tratta, dalla accettazione delle normali dimissioni, in cui tale volontà è espressa); la diffida che l'Amministrazione avrebbe dovuto rivolgere, perciò, aveva il solo scopo di chiarire la effettività della volontà dell'impiegato; per tale ragione, la circostanza che l'Amministrazione aveva omesso la diffida, non doveva essere valutata come una autonoma censura, ma, al contrario, costituiva solo sviluppo, illustrazione, e dimostrazione di quella, già proposta, della mancanza della volontà di abbandonare il servizio (V. ora., 29 ottobre 1936, n. 1941; in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1936, 721, è pubblicata la sola massima, del tutto insignificante sotto il profilo che qui interessa).

(128) Anticipando quel che si affermerà nel paragrafo successivo, si può affermare fin da ora come il motivo di ricorso costituisce elemento di identificazione del ricorso stesso; per tale ragione, la distinzione tra quei fatti il cui mutamento importa mutamento del motivo di ricorso (e, quindi, del ricorso stesso), e gli altri fatti, che non hanno questa rilevanza, non è altro che la stessa distinzione tra i c.d. fatti giuridici, e i c.d. fatti semplici, la quale è ben nota alla dottrina del processo civile, proprio in sede di determinazione degli elementi di identificazione dell'azione, e, in particolare, della causa pendente (v. per tutti: CASARETO, *Principi*, cit., pag. 381); si tratta di una distinzione, che è stata richiamata anche nel processo amministrativo (D'ARZANO, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 576, per farne esplicito riferimento alla sua estrema delicatezza, la quale risulta molto chiaramente anche dagli esempi riportati nel presente lavoro).

prudenziale, il contenuto del motivo di ricorso dovrebbe essere costituito dal solo vizio dell'atto, e cioè dalla singola difformità dal paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione. Né a questa affermazione è di ostacolo la considerazione, che la non corrispondenza tra il generico mutamento dei « fatti », e il mutamento del motivo di ricorso, sia limitata alla sola ipotesi in cui questi « fatti » non costituiscono degli elementi di identificazione del motivo: tali « fatti », in realtà, possono sempre essere considerati come meramente estrinseci alla violazione di legge compiuta dall'Amministrazione, anche quando essi costituiscono il solo mezzo per rilevarla, e, quindi, per identificarla.

Sulla base dell'esame della giurisprudenza, si sono potute precisare, così, due nozioni di motivo di ricorso, la più ampia delle quali comprende non solo il vizio dell'atto, come la più ristretta, ma anche tutte quelle circostanze, sulla cui base è possibile valutare la effettiva sussistenza del vizio stesso.

Comparando il valore di tali due nozioni, sembra che la prima di queste appaia come nettamente preferibile. Si può osservare, anzitutto, come se si accogliesse la nozione più ampia di motivo di ricorso, si verrebbe a perdere quella relazione di identità tra questo e il vizio dell'atto, che pare pare perfettamente rispondente anche ad esigenze di carattere sistematico.

Non solo, ma unicamente la prima delle due nozioni in esame, si appalesa come avente un significato tecnico, e come veramente indispensabile, per la decisione delle numerose questioni, per la cui soluzione si fa riferimento al concetto di motivo di ricorso; infatti, da un lato, solo questa serve di base, come si è detto, alla soluzione del maggior numero di questioni del genere, e cioè quelle concernenti la preclusione alla deduzione di motivi nuovi.

D'altro canto, per la soluzione della questione relativa alla determinazione del contenuto minimo che deve avere l'atto introduttivo del giudizio, non è indispensabile fare riferimento alla

nozione di motivo di ricorso, o, quanto meno, solo a questa nozione.

Infatti, non pare dubbio che in tale atto debbano essere sufficientemente precisate non solo la violazione di legge compiuta dall'Amministrazione, ma anche quelle circostanze, sulla cui base è possibile apprezzare l'effettività della sussistenza di tale violazione; altrimenti, l'atto introduttivo del giudizio verrebbe meno ad una funzione che esso indubbiamente ha, quale è quella di indicare fin dall'inizio del processo, e salvo integrazioni successive dovute anche alle deduzioni della controparte, quegli elementi sul cui fondamento il giudice può pronunciare la sua decisione. Però la necessità che l'atto introduttivo del giudizio contenga anche l'indicazione di tali circostanze, può anche non essere dedotta dalla disposizione per cui in tale atto devono essere indicati i motivi del ricorso: anzi, un procedimento logico del genere pare contrario al sistema della legge, la quale distingue, come si è visto, tra i motivi e i « fatti »; e questa distinzione si ha proprio quando la legge detta esplicitamente che anche questi siano indicati nell'atto introduttivo del giudizio. Per tali ragioni anche se si accoglie quella nozione ristretta di motivo, che appare preferibile, rimane pur sempre un esplicito argomento testuale, per dichiarare inammissibili quei ricorsi, nei quali non sono sufficientemente precisate anche le circostanze di cui si tratta.

L'opportunità di restringere il contenuto del motivo di ricorso, in corrispondenza del vizio dell'atto, appare ancor più evidente, ove si considerino alcune decisioni del Consiglio di Stato, per così dire, estreme, le quali ricollegano al contenuto del motivo di ricorso, addirittura i mezzi di prova della effettiva sussistenza delle circostanze dedotte dal ricorrente, dichiarando inammissibile per genericità quel motivo, in cui il ricorrente non aveva indicato nessuna prova delle circostanze dedotte (118).

(118) VI sez., 23 ottobre 1958, n. 375, in *Faro amm.*, 1951, I, 3, 79; la massima qui pubblicata non rispecchia minimamente, però, gli aspetti salienti della motivazione.

La punta massima di questo orientamento è stata raggiunta, crediamo, da una pronuncia, con la quale si è deciso dell'impugnazione di un provvedimento di licenziamento di un dipendente comunale; il ricorrente aveva dedotto, come vizio dell'atto, la sua contraddittorietà con due precedenti delibere dello stesso comune, le quali erano state esattamente indicate nel ricorso; tale motivo è stato ritenuto generico, però, perchè le delibere in parola non erano state allegate (119).

È evidente che alla base di questo orientamento sta la tendenza ad attribuire all'atto introduttivo del giudizio una funzione di determinazione immediata, almeno da parte del ricorrente, del materiale sottoposto alla cognizione del giudice, con preclusione di deduzioni ulteriori, le quali, magari, non derivino dalle contestazioni del resistente; potrebbe anche darsi che questa tendenza fosse esatta, ma essa, ovviamente, si deve fondare su ragioni di carattere sistematico, e non sulla evidente forzatura della lettera della legge.

L'allargamento della nozione del motivo di ricorso che si è detto, porta, infatti, a conseguenze inammissibili. Per un verso, nei limiti in cui tale allargamento si risolve nella preclusione alla produzione di elementi di prova da parte del ricorrente, esso sembra contrastare con i caratteri stessi della istruzione probatoria: come ha messo in luce il BENVENUTI, infatti, nell'acquisizione al processo amministrativo di elementi di prova indicati dal ricorrente, contribuisce grandemente lo stesso giudice (120). E, ad ogni modo, risolvendo la mancata indicazione degli elementi di prova, in genericità del motivo in cui viene dedotto il vizio dell'atto da provare, si trasforma in una decisione meramente processuale, quella che, in realtà, è una vera e propria pronuncia di merito.

Comunque, al di là di ogni considerazione, sui caratteri

(119) V sez., 13 giugno 1955, n. 256, in *Faro amm.*, 1954, I, 2, 21; anche in questo caso, vale l'avvertenza di cui alla nota che precede.

(120) L'istruzione, cit., pag. 282 ss.

della nozione di motivo di ricorso, che sarebbe preferibile accogliere, qui importa rilevare che, in ogni caso, il contenuto del motivo di ricorso viene sempre a coincidere con l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali del giudice amministrativo; è evidente, infatti, come, secondo l'orientamento estensivo del Consiglio di Stato che si è indicato, si dovrebbero far rientrare nel contenuto del motivo, quelle circostanze, e, addirittura, le prove di quelle circostanze, le quali, come si è detto, devono essere accertate e valutate dal giudice amministrativo, ai fini della soluzione della questione c.d. principale, concernente la legittimità dell'atto impugnato.

Gli accertamenti relativi, come si è visto, hanno senz'altro carattere pregiudiziale, almeno in senso meramente logico; più precisamente, si entra, in tal modo, in quell'ambito di accertamenti pregiudiziali, il quale sfugge ad ogni schematizzazione aprioristica; e questa considerazione, di impossibilità di organica sistemazione, si deve riferire anche al contenuto del motivo di ricorso, ove questo fosse inteso in senso ampio.

Si possono solo ribadire le affermazioni, già avanzate all'inizio di questo paragrafo: e, cioè, che l'intero contenuto del motivo di ricorso si identifica con l'oggetto di accertamenti del giudice amministrativo aventi carattere meramente pregiudiziale; e che, d'altro canto, ove il motivo di ricorso è inteso nel senso ampio che vi è visto, esso contrassegna anche i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

→ In questa ipotesi, infatti, il motivo di ricorso viene a comprendere, in definitiva, tutto l'insieme delle argomentazioni del ricorrente: di quelle argomentazioni, cioè, al cui accertamento è vincolata, per il principio dispositivo, la cognizione del giudice, ai fini della decisione della questione c.d. principale sottoposta al suo esame.

S'intende, che lo schema di ragionamento, in tal modo offerto al giudice dal ricorrente, sarà in ogni caso integrato dalle contraddeduzioni del resistente: più precisamente, sulle afferma-

zioni del ricorrente, contestate dal resistente, sorgendo altrettanto questioni pregiudiziali, le quali comporteranno, a loro volta, il sorgere di altre questioni pregiudiziali, su ognuno dei passaggi successivi del ragionamento, sino alla conclusione finale; può darsi, però, che vengano contestati dal resistente, le stesse affermazioni di partenza del ricorrente: in tal caso, là dove altrimenti sarebbe rimasto un punto pregiudiziale, sorgerebbe una questione pregiudiziale, i cui termini, a loro volta, costituirebbero i nuovi punti pregiudiziali, secondo un fenomeno già precedentemente descritto⁽¹⁷⁷⁾; ma a parte questa ipotesi, nella quale verrebbe spostato, in tal modo, il limite iniziale del fenomeno della pregiudizialità, rispetto al contenuto del motivo di ricorso proposto dal ricorrente, la corrispondenza affermata resta.

Ciò costituisce una conferma di quanto si è già accennato nella prima parte del presente lavoro; e, cioè, che le prime tracce di quel nesso di pregiudizialità, che è da ravvisarsi nell'iter logico percorso dal giudice, si trovano già delineate nel concatenarsi delle affermazioni che sono avanzate dall'attore⁽¹⁷⁸⁾.

27. L'esame delle relazioni che intercorrono tra l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, compiuti dal giudice amministrativo, e il contenuto del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, sarebbe però incompleto, se si trovasse di svolgere qualche considerazione inerente ai lineamenti sistematici del motivo stesso di ricorso; e l'esigenza di un approfondimento in tal senso, si fa maggiormente sentire, in quanto le osservazioni che si avranno modo di compiere al riguardo, costituiranno, in un certo senso, il ponte di passaggio, e anzi, addirittura, la necessaria premessa, per l'esame di un ultimo problema, che è da ricollegarsi al tema della pregiudizialità: quello relativo ai limiti oggettivi della cosa giudicata.

In dottrina, in corrispondenza col piano superficiale, sul

(177) Cfr., supra, pag. 29 n., 209 n.

(178) Cfr., supra, pag. 22.

quale è mantenuto ogni riferimento alla nozione di motivo di ricorso, mancando, in generale, tentativi di inquadramento dogmatico della nozione stessa; fa eccezione una tesi, sostenuta dal D'ALESSIO, prima⁽¹⁷⁴⁾, e, successivamente, ripresa da GUICCIARDI⁽¹⁷⁵⁾ (176), secondo la quale il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo costituirebbe la *causa petendi* di questo; come si intuisce immediatamente, si tratta di una opinione la quale si pone come un notevole approfondimento della materia, giacchè, evidentemente, presuppone la soluzione di alcuni delicati problemi, inseparabilmente connessi con la *causa petendi*, come, almeno parzialmente, si è tratteggiato nella prima parte del presente lavoro; perciò, non solo per il rilievo che tale tesi acquista, in contrasto col generale stato della dottrina, ma anche, e, soprattutto, per questo suo proprio carattere, essa merita di essere adeguatamente valutata.

Anzitutto, si può osservare come la qualificazione del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, come la *causa petendi* del processo amministrativo, appaia il frutto di un tentativo di delineare un parallelismo, almeno sotto questo profilo, tra tale processo, e il processo civile: la *causa petendi*, infatti, come ognuno sa, è un concetto che è stato elaborato in relazione all'azione civile, e come elemento di identificazione di questa.

Le basi di questo tentativo possono essere rintracciate, anzitutto, su un piano del tutto generico, in quanto, in un certo senso, anche il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo costituisce, come la *causa petendi* nel processo civile, il fondamento della domanda di parte, e, quindi, della pronuncia

(174) *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 125.

(175) *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 211.

(176) La coincidenza tra la *causa petendi* dell'azione civile e il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo è affermata anche da qualche rara pronuncia del Consiglio di Stato; v.: V. sez., 24 novembre 1958, n. 1191, in *Fare ammi.*, 1951, I, 2, 78, nella motivazione riportata in nota; V. sez., 21 luglio 1951, n. 882, in *Riv. giur. Cons. Stato*, 1953, 466, in una affermazione all'inizio della parte della motivazione riprodotta.

giurisdizionale, nel processo corrispondente; ma non è difficile trovare anche un collegamento più specifico, in relazione a quel tipo di processo civile, le cui analogie col processo amministrativo sono affermate, talvolta, e sotto determinati profili: il processo di cassazione; infatti, si deve ricordare, a questo proposito, la nota tesi, secondo la quale il motivo del ricorso per cassazione, costituirebbe la *causa petendi* del corrispondente processo.

D'altra parte, sempre rimanendo su un piano di considerazioni, per così dire, puramente esteriori, e non scendendo ancora a rilievi di carattere più sistematico, non si può fare a meno di osservare, come, almeno in apparenza, tra la *causa petendi* dell'azione civile, e il motivo del ricorso amministrativo esista una forte differenza: e cioè che, da un lato, come si è visto nella prima parte del presente lavoro, la dottrina è unanime nell'affermare che la norma giuridica che il giudice applica alla fattispecie, per decidere su di essa, non rientra nella *causa petendi* (177), mentre, invece, si è già notato come tale norma sia da ricollegarsi col motivo di ricorso: ciò comporta la conseguenza, assai cospicua, che il mutamento della norma, nell'ipotesi del motivo di ricorso, importa il mutamento di questa, nell'ipotesi della *causa petendi* nel processo civile non importa mutamento di questa, e, ove essa sia considerata elemento di identificazione dell'azione, neppure mutamento dell'azione stessa (178).

(177) Cfr., per tutti: CASSANES, *principi*, cit., pag. 331.

(178) In questo senso, v.: CASSANES, *op. loc. cit.*, e *Introduzione*, cit., vol. I, pag. 226; per prove di posizione più recenti, v.: LUTERAN, *Manuale*, cit., vol. I, pag. 73; cfr. anche: TARTI, *Diritto processuale*, cit., pag. 261, 262; per la dottrina tedesca, v., di recente: NUNEN, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit. in *Arch. Civ. Pr.*, 1955, pag. 281, 282; cfr. anche, per la considerazione, che consegue ovviamente, per cui il giudice può sempre applicare la norma che crede meglio, al «fatto» dedotto dalla parte, senza violare il principio dispositivo: BERNHARD, *Lehrbuch*, cit., pag. 498, 499; particolarmente ricco, in questo senso: STAN-JOUAN-SCHLITZER, *Kommentar*, cit., ad § 231, III, b e.

Il problema affrontato con quest'ultimo riferimento si presenta come assai delicato, però, se considerato sotto il profilo della distinzione tra il mutamento del profilo giuridico, dal mutamento dell'azione; la soluzione delle que-

Per superare questa discordanza, occorre svolgere considerazioni più penetranti sul tema, le quali, peraltro, sono gravemente ostacolate dalle molte incertezze che sussistono ancor oggi sui caratteri della *causa petendi* dell'azione civile⁽¹⁷⁷⁾; in realtà, se si tenesse conto di ognuna delle varie teorie che sono state avanzate in proposito, il ragionamento sui caratteri comuni e su quelli differenziali dell'una e dell'altra nozione in parola non potrebbe procedere in modo unitario, ma andrebbe frammentata, invece, in relazione alla pluralità di tali teorie.

Per evidenti ragioni di economia del presente lavoro, non si può riprendere sotto questo profilo, la valutazione della discordante dottrina sui lineamenti da attribuire alla nozione di *causa petendi* dell'azione civile; per tale ragione, gioverà riprendere, sotto il profilo che qui interessa, il solo concetto di questa, che è stato precedentemente accolto.

Quando si è esaminato l'argomento in relazione al processo civile, si è individuata la *causa petendi* in quella situazione giuridica di carattere sostanziale, che costituisce il presupposto, cui è vincolato il provvedimento giurisdizionale decisorio del merito della causa; quella situazione giuridica, cioè, che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo; applicando tali considerazioni all'ipotesi ora in esame, si dovrebbe dire che, se si volesse individuare anche nel processo amministrativo una *causa petendi*, tale dovrebbe essere considerata la illegittimità dell'atto impugnato.

Seguendo questo ordine di idee, non sembra, perciò, che il motivo del ricorso possa identificarsi con la *causa petendi*: infatti, se il motivo di ricorso è costituito dalla singola disformità dallo schema legislativo del comportamento della pubblica Am-

zioni che sorgono al riguardo è tutt'altra che agevole, in alcune ipotesi; v. in proposito: *CONTRASSO, Principi*, cit., pag. 385, 389; per la dottrina tedesca, sul r.d. problema della *Grundrechtsverletzung*, v. di ultimo, *NANNEN, Zur Lehre vom Verfassungsmaß*, cit., *Arch. Civ. Pr.*, 1955, pag. 232 ss.; *BRUNNEN, Lehrbuch*, cit., pag. 465.

(177) *Ob.*, supra, pag. 127 ss.

ministrazione, che determina la illegittimità dell'intero comportamento di questa, il motivo stesso può essere considerato, tutt'al più, solo come il « fatto » costitutivo della situazione giuridica sostanziale, che è valutata nel processo come *causa petendi*⁽¹⁷⁸⁾.

E, del resto, che il motivo di ricorso non possa essere considerato come la *causa petendi*, lo si deduce facilmente, sulla base del rilievo per cui questa si identifica con l'oggetto del giudizio: si è già osservato, infatti, come il contenuto del motivo di ricorso costituisca oggetto di un accertamento del giudice amministrativo, che ha carattere meramente pregiudiziale.

Seguendo il filo di ragionamento che si è delineato nel corso del presente lavoro, questa appare essere la ragione più rilevante, per dover escludere l'accettazione pura e semplice della tesi in esame; ciò non di meno, anche se questa non può essere accolta, essa deve essere sempre apprezzata come un tentativo di individuare i caratteri di una relazione che si instaura sussistere tra il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, e l'oggetto del giudizio del susseguente processo; sotto questo profilo, la tesi in parola si rivela assai preziosa, come indirizzo verso il terreno dove l'analisi deve essere approfondita.

In realtà, però, la precisazione della relazione suddetta appare assai delicata, e deve svolgersi per gradi.

L'argomento di importanza decisiva, sulla cui base si deve concludere che nel processo amministrativo sussiste una qualche relazione tra motivo di ricorso e oggetto del giudizio, è da collegarsi con la circostanza per cui il motivo di ricorso è ele-

(178) Particolarmente notevole la motivazione della decisione della V sez. 15 novembre 1955, n. 951, in *Rev. giur. Com. Norm.*, 1957, 102; in tale motivazione si trova esplicitamente affermato che i motivi di ricorso, di per sé, non costituiscono la *causa petendi* del ricorso stesso, lo quale, viceversa, si identifica con tale situazione giuridica sostanziale fatta valere: « Il riferimento, a questo proposito, all'interesse legittimo, nel complesso, non appare decisivo, giacché esso è il frutto dell'avvicinamento di una parte della situazione giuridica che è oggetto del giudizio nel processo amministrativo, diversa da quella qui sopra ».

nano che i motivi aggiunti vanno notificati direttamente all'Amministrazione, come, appunto, il ricorso iniziale, e non all'Avvocatura dello Stato, che rappresenta l'Amministrazione in giudizio (**).

Il concetto di motivo aggiunto, che è facilmente deducibile, sulla base di questi aspetti della disciplina della sua proposizione, è poi esplicitamente affermato, talvolta, in alcune decisioni, le quali dichiarano in modo espresso che il motivo aggiunto deve essere considerato come un nuovo ricorso (**).

* Già dall'esame di questi orientamenti del Consiglio di Stato, appare evidente che la giurisprudenza valuta il motivo di ricorso come elemento di identificazione del ricorso stesso; analoga conseguenza deve trarsi anche da quell'altra tendenza giurisprudenziale, la quale dichiara inammissibili quei motivi di ricorso, cui il ricorrente non ha interesse (**): tale posizione può essere spie-

(**) Nella decisione della V sez., 26 settembre 1952, n. 3139 (in *Foro amm.*, 1952, I, 2, 30), il principio che i motivi aggiunti vanno notificati all'Amministrazione, e non all'Avvocatura, costituitasi per il ricorso originario, è affermato in tutto il suo rigore, con la esplicita conseguenza che la notifica eseguita presso l'Avvocatura, importa la nullità dei motivi stessi.

Successivamente, l'Adunanza plenaria è andata in diverse occasioni, ammettendo che i motivi aggiunti possono essere notificati anche presso l'Avvocatura, basandosi sulla circostanza, che con la proposizione del ricorso originario, si è già formato un rapporto processuale, in relazione al quale si è costituita in giudizio l'Avvocatura stessa (Ad. pl., 25 febbraio 1954, n. 18, in *Foro amm.*, 1954, I, 6, 40; v., anche: IV sez., 28 marzo 1952, n. 337, in *Foro amm.*, 1952, I, 1, 142, che ammette che la notificazione dei motivi aggiunti possa essere compiuta presso l'Avvocatura costituita; da notare, però, che l'importanza di questa ammissione è molto diminuita, dalla esplicita parità di trattamento, che la motivazione di tale decisione fa, per la notificazione dei motivi aggiunti, e per la notificazione del ricorso originario: anche la irregolare notifica di questo (posiziona: all'Avvocatura), non è considerata, infatti, come causa di nullità, insanabile, ma solo di irregolarità, sanabile di sanatoria).

(**) Vedi, in questa senso, le decisioni della IV sez., 28 marzo 1952, n. 337, e della V sez., 13 giugno 1953, n. 334, citate nella nota precedente, nella motivazione; cfr. anche: V sez., 28 febbraio 1952, n. 33, in *Ross. giur. Cons. Stato*, 1952, 117.

(**) Cfr. in questa senso: VI sez., 15 novembre 1953, n. 321, in *Foro amm.*, 1953, I, 3, 119; VI sez., 22 dicembre 1954, n. 3027, in *Ross. giur. Cons. Stato*, 1954, 328; V sez., 29 ottobre 1955, n. 3357 (sv), 1955, 1128; IV sez., 1 giugno 1956, n. 578, (sv), 1956, 466; V sez., 6 aprile 1957, n. 179, (sv), 1957, 472.

gata, evidentemente, solo riferendo al motivo di ricorso quell'elemento (interesse), la cui sussistenza è richiesta per il ricorso: è chiaro, quindi, che alla base dell'affermazione in esame, sta la solita concezione, per cui deduzione di un motivo, vale proposizione del corrispondente ricorso.

Ma, soprattutto, che il motivo di ricorso costituisca elemento di identificazione di quest'ultimo, lo si può rilevare da quegli orientamenti giurisprudenziali prima indicati, e concernenti le preclusioni alla deduzione di nuovi motivi; sono note le dispute cui ha dato luogo in dottrina, la giustificazione sistematica di tali preclusioni, tanto che, in qualche ipotesi, e, soprattutto, in quella che si riferisce ai motivi presentati nel ricorso gerarchico, essa è stata vivacemente criticata (**); senza poter procedere, in questa sede, ad una dettagliata valutazione delle singole teorie avanzate in proposito, si può affermare, però, che in tanto tali preclusioni sono giustificabili, in quanto si ammetta che il motivo di ricorso identifica quest'ultimo; sulla base di questo rilievo, appare facile, allora, osservare come, in qualsiasi modo si vogliano delineare i rapporti tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale, sta di fatto che la legge ha voluto che, nel caso in cui l'atto amministrativo non sia definitivo, contro di esso si debba, anzitutto, presentare ricorso gerarchico: e ove si deducesse per la prima volta in sede giurisdizionale un motivo di impugnativa, ciò si tradurrebbe nella proposizione in quella sede di un ricorso non preceduto dal corrispondente ricorso in sede gerarchica. È un ragionamento sostanzialmente analogo può essere svolto, anche per giustificare tutte quelle altre ipotesi di preclusioni alla deduzione di motivi di ricorso, che si sono prima viste.

Una volta stabilito che al motivo di ricorso si deve attribuire il carattere in parola, rimane ancora da chiarire in che modo esso possa esplicare la funzione di identificare il ricorso.

(**) Cfr., *supra*, nota 146, pag. 329.

Si è già accennato alla coincidenza tra il motivo di ricorso e l'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali del giudice amministrativo; essa, però, non pare sufficiente a qualificare il motivo di ricorso, come elemento di identificazione di quest'ultima, giacché gli oggetti degli accertamenti pregiudiziali, per il loro stesso carattere di strumentalità, non paiono sufficienti a determinare nella sua individualità il ricorso stesso; e, ciò, del resto, risulta chiaramente dalla circostanza, per cui non si può stabilire, a priori, quali saranno tali oggetti, ma ciò è rilevabile, solo sulla base dell'iter effettivamente seguito dal giudice nel decidere la controversia sottoposta al suo esame⁽¹²²⁾: infatti, se gli oggetti in parola incidessero sull'individuazione del processo, si dovrebbe arrivare alla conseguenza per cui questo è identificabile non già fin dal suo inizio, ma solo dopo la decisione giurisdizionale, e cioè dopo la sua fine.

—> Non occorre insistere, peraltro, su questo punto, giacché appare evidente che quell'entità, la quale precisa il singolo processo, nella sua individualità, fin dall'inizio, può essere costituita solo dall'oggetto del giudizio: dal contenuto, cioè, dell'affermazione della parte, che, successivamente, diventa l'oggetto dell'accertamento giudiziale propriamente detto, e che, alla fine, determina i limiti oggettivi del giudicato.

Da ciò deriva che, in tanto il motivo di ricorso può identificare il ricorso stesso, in quanto esso sia, in qualche modo, connesso con l'oggetto del giudizio del corrispondente processo.

Il riconoscimento della funzione di identificazione del ricorso, che si deve attribuire al motivo di ricorso, costituisce la base, perciò, di quell'argomentazione logica, con la quale si può confermare ciò che si poteva intuire fin dall'inizio di ogni approfondimento del tema in esame: e cioè la sussistenza della connessione indicata.

Si è già rilevato, comunque, che questa connessione non

(122) *Cfr.*, *supra*, pag. 36.

può essere delimitata nel modo più semplice, e, cioè, risolvendola in una pura e semplice relazione di identità; rimane ancora da chiarire, perciò, con quali caratteri essa si atteggi.

Sembra che si possa spingere il fenomeno, per cui il motivo di ricorso, ossia, il vizio dell'atto, pur non facendo direttamente parte dell'oggetto del giudizio, sia con questo collegato, solo attribuendo al motivo stesso, la funzione di integrare, di precisare tale oggetto; in altri termini, pare, seguendo l'ordine di idee tratteggiato, che l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sia costituito non già dall'illegittimità dell'atto impugnato, *sic et simpliciter*, ma, bensì, dall'illegittimità di tale atto, in relazione al vizio denunciato.

Forse, la distinzione risulta più chiara, se si chiariscono i suoi riflessi, in ordine alla proposizione, nella quale può strutturarsi l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo; si può osservare, allora, che se il motivo di ricorso non identifica il ricorso stesso, tale oggetto si risolverebbe nella proposizione: l'atto impugnato è illegittimo; è questo quel che il ricorrente affermerebbe, è questo quel che il giudice accerterebbe, è questo quel che passerebbe in giudicato (è evidente, che la circostanza per cui il giudice potrebbe anche accertare, viceversa, che l'atto è legittimo, e, che in questo caso, sarebbe tale accertamento che acquisterebbe autorità di cosa giudicata, non sposta la validità dello schema d'ipotesi che si è indicato).

— Viceversa, se il motivo di ricorso, come si è notato, identifica il ricorso stesso, quel che il ricorrente afferma è: l'atto impugnato è illegittimo, perchè affetto dal vizio che si denuncia; questo è quel che il giudice accerta; e, corrispondentemente, secondo il risultato di tale valutazione, quel che passa in giudicato è l'accertamento della legittimità, o dell'illegittimità, in relazione a quel vizio dell'atto stesso.

La portata pratica della distinzione, può essere rilevata soprattutto in un caso, in cui essa assume dimensioni maggiori; e tale caso è quello in cui il giudice amministrativo rigetta il ri-

corso, non ravvisando, nell'atto impugnato, il vizio denunciato dal ricorrente; se il motivo non identificasse il ricorso, il giudicato si formerebbe sulla legittimità dell'atto stesso, con la conseguenza, che questa non potrebbe più essere contestata; così, per esempio, sarebbe preclusa per l'Amministrazione la possibilità di esercitare il suo potere d'ufficio, annullando per illegittimità l'atto impugnato, per un vizio diverso da quello denunciato dal ricorrente. Poiché il motivo identifica il ricorso, invece, il giudicato si forma solo sulla legittimità dell'atto impugnato, in quanto questo è immune dal vizio dedotto, lasciando così integro, seguendo l'esempio di prima, il potere dell'Amministrazione di annullarlo d'ufficio, per un motivo diverso.

Occorre far rilevare, comunque, che la proposta precisazione dei contorni dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non si risolve, nel modo più assoluto, nell'identificazione dell'oggetto stesso col solo vizio da cui l'atto dovrebbe essere affetto: infatti, se l'oggetto del giudizio è costituito da quella situazione giuridica sostanziale, che costituisce il presupposto del provvedimento decisivo di merito, nel processo amministrativo, come si è rilevato, tale situazione è l'illegittimità, intesa come valutazione riferentesi all'intero atto impugnato, e non il singolo vizio, il quale è solo la causa di tale illegittimità; per questo, il singolo vizio non è mai autonomo oggetto dell'accertamento giurisdizionale propriamente detto, neppure se esso si rifletta sull'oggetto del giudizio nel modo che si è detto, ma è solo oggetto di un accertamento, che è predisposto unicamente al fine di accertare l'illegittimità dell'intero atto; ed è proprio per questa ragione che il motivo di ricorso, anche se è da ricollegarsi con l'oggetto del giudizio, è pur sempre oggetto di un accertamento, che, viceversa, ha carattere meramente pregiudiziale.

Dalle considerazioni che precedono, si possono far discendere, come corollari, le soluzioni di due questioni, le quali si ricollegano col tema trattato.

La prima di queste questioni, concerne la natura del vincolo del giudice, nell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, alla sola valutazione del vizio dedotto dal ricorrente⁽¹²²⁾; infatti, si può adesso affermare che il mutamento del motivo di ricorso, importa mutamento dei contorni dello stesso oggetto del giudizio. Ora, il processo amministrativo è un processo di parti, nel senso più pieno del termine⁽¹²³⁾: un processo, cioè, in cui non solo la determinazione sull'insorgere della controversia, ma anche la precisazione dei limiti di questa, è rimessa esclusivamente, appunto, alle parti: se il giudice mutasse il motivo di ricorso, egli, in definitiva, verrebbe, viceversa, ad incidere su tale precisazione, il che contrasterebbe con l'accennato carattere del processo amministrativo⁽¹²⁴⁾. E ove si consideri che il mutamento della norma, che si assume essere stata violata dall'Am-

(122) Già precedentemente, si era visto come le questioni che il giudice amministrativo può esaminare d'ufficio, attingono solo alla costituzione del rapporto processuale, e non al merito del giudizio, tranne qualche sporadica eccezione: v. supra, pag. 217, 218.

È da ricordare che il principio per cui il giudice amministrativo non può annullare l'atto impugnato, se non per vizi denunciati dal ricorrente, vale anche per il processo davanti alla Giunta provinciale amministrativa: v. in questo senso: V sez., 9 giugno 1950, n. 222, in *Rev. giur. Cost. Stato*, 1950, 410; IV sez., 30 ottobre 1950, n. 409, *id.*, 1950, 237; V sez., 9 maggio 1951, n. 421, *id.*, 1951, 141; V sez., 22 maggio 1951, n. 423, *id.*, 1951, 140; V sez., 7 ottobre 1952, n. 1261, in *Fato amm.*, 1952, I, 2, 201; V sez., 16 gennaio 1953, n. 5, *id.*, 1953, I, 2, 202.

Lo stesso principio è applicato anche al ricorso gerarchico; a questo proposito, la giurisprudenza nega che il superiore possa annullare su ricorso l'atto dell'inferiore, per motivi non dedotti dal ricorrente, ma anzitutto che possa farlo, usando del diverso potere di annullamento d'ufficio: v. VI sez., 22 ottobre 1951, n. 409, in *Rev. giur. Cost. Stato*, 1951, 1174.

(123) Ciò, da ultimo, l'approfondita analisi del BAVARINI, sul valore di questa espressione, nel processo amministrativo (*L'Iniziativa*, *ob.*, pag. 36 ss.), il quale, peraltro, distingue dal potere formale, di costituzione del rapporto processuale, un potere sostanziale, di determinazione del relativo oggetto del giudizio.

(124) Da notare, come il principio per cui, in processi che non abbiano carattere inquisitorio, e che vertano sulla impugnazione di un atto, i motivi dedotti dal ricorrente, vincolino il giudice, abbia un campo di applicazione generale, anche a tipi di processo da parte privati sul piano ordinamentale.

Così, per esempio, cfr. l'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale, secondo cui tale Corte può valutare la costituzionalità delle leggi impugnate, solo secondo cui tale Corte può valutare la costituzionalità delle leggi impugnate, solo in relazione al vizio dedotto nel ricorso (v. tra le varie decisioni in questo senso:

amministrazione, comporta, come si è detto, il mutamento del motivo di ricorso, appare chiaro che, se, in base alle considerazioni adesso svolte, si deve affermare che il giudice amministrativo non può mutare il vizio dell'atto, dedotto dal ricorrente, si deve concludere per le stesse ragioni che tale giudice non può nemmeno mutare la norma indicata.

Né si deve credere che questo fenomeno sia peculiare al processo amministrativo, perché, anzi, esso è comune anche al processo civile; infatti, la singola difformità dalla norma, ossia il vizio dell'atto, costituisce la causa di quell'illegittimità dell'atto stesso, che è l'oggetto del giudizio; per tale ragione, esso deve essere valutato come il fatto giuridico da cui deriva la situazione giuridica sostanziale che il ricorrente fa valere in giudizio.

Ora, anche nel processo civile vige il principio per cui il giudice è vincolato nella cognizione della controversia, a quei fatti giuridici dedotti dalla parte, come i fatti da cui deriva la situazione giuridica fatta valere; ossia, secondo la comune impostazione, i fatti giuridici da cui deriva l'azione; e tale vincolo scaturisce, appunto, dalla circostanza, per cui il mutamento dei fatti giuridici dedotti importa mutamento dell'azione esercitata⁽¹⁷⁾, il quale, evidentemente, non può essere disposto d'ufficio

25 maggio 1947, n. 61, in *Riv. giur. Cost. Stato*, 1951, II, 179; id., n. 89, ibid., 1951, II, 185; 8 luglio 1957, ibid., 1957, II, 217.

Un analogo fenomeno sembra da ravvisarsi anche nel ricorso alla Corte di giustizia della Comunità del carbone e dell'acciaio, contro i provvedimenti delle autorità comunitarie, lesivi degli interessi dei singoli (v., per qualche riferimento: CASARANO, *Sulle tutela dei privati contro i provvedimenti delle autorità comunitarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 30).

Per quel che riguarda l'impietazione di negozi privati, davanti alla giurisdizione civile, la regola in esame non è altro che una specificazione di un principio assai più generale, per cui il giudice è vincolato ai « fatti e costitutivi dell'azione, dedotti dalla parte (v., per tutti: CASARANO, *Principi*, cit., pag. 283 ss.); da notare, però, la significativa applicazione che di tale principio è stata fatta, e proposta della querela di falso: App. Bari, 12 gennaio 1940, in *Corte Bari*, 1940, 158.

(17) In questo senso, v., per tutti: CASARANO, *Principi*, cit., pag. 283.

dal giudice; ed è in base a tale principio che se la parte chiede, per esempio, l'annullamento del contratto, deducendo un certo comportamento della controparte, affermando che esso viola l'articolo 1434 cod. civ., il giudice non può annullare il contratto, applicando allo stesso comportamento l'art. 1439; e ciò, perché la parte ha dedotto un determinato vizio del contratto (violenza), ed ha esercitato la corrispondente azione; e se il giudice applicasse d'ufficio l'altra norma, egli muterebbe il fatto giuridico dedotto dalla parte, con un fatto giuridico diverso (dolo), mutando, in definitiva, l'azione esercitata⁽¹⁸⁾.

In base alle considerazioni che precedono, risulta confermata, quindi, un'affermazione che si è già avanzata: e cioè che il vincolo del giudice amministrativo, nella valutazione della legittimità dell'atto impugnato, alla norma che il ricorrente ha assunto essere stata violata dall'Amministrazione, non è direttamente ricollegabile ad una limitazione dell'applicabilità al processo amministrativo del principio *iura novit curia*; se si impostasse il problema della natura di questo vincolo da tale punto di vista, si avrebbe una visione del fenomeno del tutto falsata, e, ad ogni modo, si scambierebbe per la causa di questo, quel che invece può essere considerato, tutt'al più, come un suo mero riflesso, del tutto secondario.

Il quadro che risulta da quanto sin qui detto, si manifesta perfettamente corrispondente, infine, con i caratteri che si sono attribuiti, nel processo amministrativo, a quella interferenza tra interessi pubblici e privati, che è da ravvisare in questo, come in ogni altro processo. Infatti, la generale validità del principio *iura novit curia*, discende dalla circostanza per cui, come si è visto⁽¹⁹⁾ è interesse pubblico che le controversie tra le parti

(18-19) In relazione allo specifico esempio, nel senso che il passaggio dall'una all'altra ipotesi di annullabilità del contratto per vizio del consenso, importa mutamento della domanda, v., da ultimo: App. Palermo, 11 ottobre 1957, in *Giur. it.*, 1958, I, 2, 18.

(19) Cf., *supra*, pag. 132 e 254.

siano risolte in base alle norme del diritto sostanziale statale; è evidente, infatti, che se il giudice non potesse scegliere la norma che egli ritiene applicabile alla fattispecie, tale interesse non potrebbe essere soddisfatto interamente; e questo interesse appare di tanta portata, da rendere impossibile ogni diretta limitazione all'applicabilità, in ogni tipo di processo, del principio in esame. Ma, d'altra parte, non esiste un interesse pubblico alla determinazione dei limiti della controversia sorta tra le parti, contro la volontà delle parti stesse: e ciò spiega in quali casi il giudice sia vincolato alle deduzioni di queste.

La seconda questione, invece, attiene al fondamento della inammissibilità di quei motivi, che siano stati precisati insufficientemente nell'atto introduttivo del ricorso; come è noto, infatti, la giurisprudenza è nettamente orientata nel caso di ritenere che la genericità del motivo, si risolva in una incertezza sull'oggetto del giudizio; e poichè la legge dispone espressamente⁽¹³⁷⁾ che la mancanza di una delle indicazioni che debbano essere contenute nell'atto introduttivo del giudizio, se si risolve nella incertezza di tale oggetto, produce la nullità del ricorso, la conclusione cui perviene l'orientamento giurisprudenziale, è, appunto, in questo senso⁽¹³⁸⁾.

Viceversa, tale tendenza è stata criticata in dottrina, osservando che la genericità del motivo comporta solamente la irri-

(137) Art. 17, n. 2, Regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato; art. 19, n. 2, Regolamento per la procedura davanti alla Giunta provinciale amministrativa.

(138) In questo senso, v.: IV sez., 23 maggio 1949, n. 108, in *Foro amm.*, 1949, I, 1, 345; IV sez., 1 marzo 1950, n. 112, in *Ross. giur. Cons. Stato*, 1950, 66; VI sez., 13 novembre 1951, n. 567, *ibid.*, 1951, 1414; VI sez., 23 dicembre 1952, n. 1679, in *Foro amm.*, 1952, I, 2, 392; si deve avvertire che, nella maggior parte dei casi, la parte più interessante della motivazione non è rilevabile dalla sola massima che è pubblicata, la quale, così, rimane insignificante sotto il profilo che qui interessa.

Da notare, che anche nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, si è ritenuto che la incertezza dei motivi di impugnativa si traduca nella incertezza dell'oggetto del giudizio: Corte Cost., ord. 25 maggio 1951, n. 116, in *Ross. giur. Cons. Stato*, 1951, II, 384.

ricevibilità di questo, e non la invalidità dell'intero ricorso; irrricevibilità, comunque, la quale è dettata, non perchè, in tal caso, si avrebbe incertezza sull'oggetto del giudizio, ma perchè, non essendo precisate le argomentazioni del ricorrente, non sarebbe possibile, per il resistente, di svolgere la propria difesa, violando, così, il principio del contraddittorio⁽¹³⁹⁾.

Una valutazione critica approfondita di questa tesi, prospetta un problema della massima delicatezza; quello, cioè, concernente i rapporti tra il ricorso, inteso in senso, per così dire, sostanziale, e ricorso, inteso in senso meramente formale; tale problema, evidentemente, non può essere trattato in questa sede, perchè esulerebbe eccessivamente dai limiti del presente lavoro.

Ad ogni modo si può osservare come, su un piano sostanziale, ricorso e motivo non possono essere valutati distintamente: in tanto esiste un ricorso, in quanto sussiste un motivo, e in tanto esiste un motivo, in quanto esiste un ricorso; anzi, il principio per cui il motivo identifica il ricorso, sta proprio a significare che contro uno stesso atto, sono proposti tanti ricorsi, quanti sono i vizi dell'atto stesso che vengono denunciati. Se un fenomeno del genere si riflettesse anche sul piano formale, si dovrebbe dire che l'atto introduttivo del giudizio, anche se, apparentemente, si presenta con un profilo unitario, in realtà esso è, sostanzialmente, scindibile, in relazione alla pluralità dei motivi dedotti: ed un ragionamento del genere, evidentemente, cancellerebbe la distinzione tra invalidità dell'intero atto di ricorso, e irrricevibilità del singolo motivo.

Ma anche tralasciando questo ordine di considerazioni, che ci porterebbe troppo lontano, si può osservare come il delineato collegamento tra motivo di ricorso, e oggetto del giudizio, comporta che la genericità dell'uno si traduca nella incertezza dell'altro; e ciò sembra sufficiente a ritenere fondato l'orientamento giurisprudenziale.

(139) DE VALLA, *Specificazione dei motivi nel ricorso giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1943, III, 67 ss.

28. Non si può ritenere conclusa una indagine sull'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in ogni processo, e, quindi, anche nel processo amministrativo, senza una valutazione della incidenza delle soluzioni accolte sulla determinazione dei limiti obiettivi del giudicato.

All'inizio di questa parte del presente lavoro, si è rilevato come anche nel processo amministrativo sussiste quella diversità di disciplina dell'accertamento giudiziale propriamente detta, vertente, cioè, sull'oggetto del giudizio, rispetto a quegli accertamenti che hanno solo carattere pregiudiziale; uno dei due profili sotto i quali è percepibile questa diversità, e, senz'altro, il più importante, è quello che si riferisce alla cosa giudicata: solo l'accertamento vertente sull'oggetto del giudizio acquista, infatti, forza di cosa giudicata, a differenza, invece, degli accertamenti meramente pregiudiziali.

Dal momento che, anche nel processo amministrativo, i limiti oggettivi del giudicato sono determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio, ecco che anche in tale processo, si riproduce quella relazione, per cui oggetto del giudicato, e oggetto degli accertamenti pregiudiziali, sono entità che si contrappongono, escludendosi a vicenda, talché non si può delimitare i contorni dell'uno, senza, allo stesso tempo, tratteggiare i lineamenti anche dell'altro.

Ma prima ancora di esaminare quali sono i riflessi sul problema della cosa giudicata, dei limiti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, sembra opportuno inquadrare brevemente la materia, con riferimenti allo stato della dottrina su di essa.

Come è ben noto, il tema si presenta come estremamente dibattuto, ed anzi, la discordanza delle opinioni che sono sostenute in proposito, costituisce uno dei riflessi, e non degli ultimi, della incertezza che concerne i caratteri della stessa giurisdizione amministrativa.

È noto che il profilo di questa, su cui maggiormente si di-

scute, è quello della sua natura, più o meno accentratamente soggettiva ed oggettiva, intendo fare riferimento, con ciò, al grave problema della individuazione della rilevanza che assume l'interesse privato, nell'esplicarsi della giurisdizione stessa. Le varie alternative che sono sostenute in proposito, si riflettono puntualmente anche sulle soluzioni del problema dei limiti obiettivi del giudicato: è evidente, infatti, che una concezione, orientata nel senso di valutare la giurisdizione amministrativa, come una giurisdizione posta esclusivamente, o prevalentemente, nell'interesse del privato, non può non limitare l'ambito della decisione, e, quindi, del giudicato, a quei soli aspetti del comportamento dell'Amministrazione che incidono sull'interesse stesso; al contrario, chi vede nella giurisdizione amministrativa, soprattutto, il carattere per cui essa si esplica per un interesse obiettivo, o, per lo meno, generale, come quello alla legittimità dell'attività amministrativa, non può che allargare, conseguentemente, i ristretti limiti del giudicato, che derivano dal primo orientamento indicato⁽²¹⁾.

Ad ogni modo, prescindendo da ogni considerazione relativa a collegamenti tra il tema che qui interessa, con problemi di più ampia portata, si può osservare come, in effetti, in dottrina sia stata sostenuta tutta una serie di opinioni, le quali sembrano abbracciare l'intera gamma di soluzioni, dalla più restrittiva a quella più estensiva, del problema dei limiti del giudicato amministrativo.

Così, per esempio, ad uno degli estremi si ritrova la tesi, secondo la quale i limiti di tale giudicato, sarebbero rigidamente contrassegnati dal rapporto debotto in giudizio, e dalle parti del giudizio stesso: e ciò, in omaggio ad una affermata applicabilità

(21) Cfr. le considerazioni che già si è avuto occasione di esporre in proposito, in autore: *Quarantenni sull'impegno dei regolamenti della pubblica Amministrazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1954, pag. 351 ss.

al processo amministrativo, di principi aventi tale contenuto, i quali, si sostiene, varrebbero per il processo civile⁽³⁹²⁾.

Per contro, all'altro estremo si pone la tesi, secondo la quale il giudicato amministrativo non riguarderebbe solo l'atto amministrativo dedotto in giudizio, ma vincolerebbe il comportamento dell'Amministrazione, addirittura nei confronti di ogni altra fattispecie, analoga a quella decisa, che si presentasse in futuro⁽³⁹³⁾, attribuendo così, alla funzione giurisdizionale amministrativa, un carattere quasi legislativo⁽³⁹⁴⁾.

In ambedue i casi, si tratta di opinioni estreme, entrambe inaccettabili, una delle quali risalente ad epoca ormai lontana, e spiegabile solo in riferimento alla totale incertezza che allora gravava su ogni aspetto della giurisdizione amministrativa.

Tali tesi si sono riportate non certo per fare solo dei riferimenti, ormai poco più che di portata storica, e di nessuna utilità, quanto per indicare come già da molto tempo il problema

(392) In questo senso, v. soprattutto: RAZZI, *Appunti sulle cose giudicate decise dalle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Foro it.*, 1931, III, 211 ss., e *I limiti soggettivi dell'efficacia di cose giudicate dalle decisioni delle giurisdizioni amministrative*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1932, I° quatr., 428; per quel che riguarda l'inesattezza della attribuzione al giudicato delle giurisdizioni civili, in alcuni casi, dei ristretti limiti affermati, v. *infra*, nel testo, e la nota 209.

(393) In questo senso, si è pronunciata la decisione della IV sez., 5 maggio 1931, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, II, 510; è appena il caso di osservare come attualmente la giurisprudenza sia pacificamente orientata nel senso opposto; l'unico temperamento che è apportato al principio per cui il giudicato si riferisce solo al singolo atto amministrativo la cui legittimità ha costituito l'oggetto del giudizio, è quello per cui se l'Amministrazione ha applicato la decisione anche ad estranei al giudizio, non può rifiutarsi di estendere gli effetti della decisione medesima anche a tutti gli altri soggetti, che si trovano nella identica situazione di tali estranei, senza concretare una disparità di trattamento; v., da ultima: V sez., 28 aprile 1933, n. 265, in *Foro it.*, 1933, III, 349.

(394) Proprio sulla base dell'attribuzione di questo carattere alla giurisdizione amministrativa, attribuzione che conseguirebbe necessariamente all'orientamento affermato dalla decisione citata nella nota che precede, si è sviluppata la critica di CACCIA, a tale orientamento stesso: *Protesta efficace vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa nei casi simili*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, II, 337 ss.; cfr. anche, nello stesso senso, i rilievi di CELASCO, *Sui limiti delle repudiate nelle decisioni delle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, pag. 320.

dei limiti del giudicato amministrativo venisse trattato sulla base di alcune costanti esse.

La prima di queste è quella relativa alla assoluta commistione tra l'aspetto soggettivo e quello oggettivo di tali limiti, ed essa è alla base anche della dottrina più recente.

È nota, infatti, come questa, abbandonate estreme impostazioni dottrinali, e dimenticata l'affermazione giurisprudenziale sopra riportata, la quale ha ormai assunto il sapore di una curiosità giuridica, si è orientata, prevalentemente, verso una soluzione intermedia del problema dei limiti soggettivi del giudicato amministrativo, la quale, evidentemente, è ancorata alla soluzione del problema dei limiti oggettivi del giudicato stesso.

Il presupposto dell'orientamento attualmente dominante, infatti, è la considerazione per cui la pronuncia di annullamento di un atto giuridico, per la sua stessa natura, è una decisione la quale non può non avere una rilevanza *erga omnes*; infatti, se come effetto di questa, un atto viene cancellato dal mondo giuridico, non si può dire che solo i soggetti che erano parti nel giudizio sono toccati dalla pronuncia stessa: un atto esiste o non esiste, ma non si può dire che esista per alcuni soggetti, e non esista per altri⁽³⁹⁵⁾, a meno di non far ricorso alla nozione di inopponibilità, la cui applicabilità all'ipotesi in esame pare, per lo meno, assai problematica.

Siamo in presenza, qui, di quel fenomeno, che già notava il D'ALESSIO, osservando che l'annullamento dell'atto «... è prima ancora che un fatto giuridico, un fatto materiale. Ed il fatto è che dopo la decisione di annullamento, l'atto impugnato non esiste più»⁽³⁹⁶⁾; è evidente che, posta in questi termini, la proposizione appare sotto qualche profilo come inesatta, ma questo nulla toglie, sembra, alla sua intrinseca fondatezza, e alla espressività dell'immagine di un fenomeno, il quale, prima ancora

(395) Cfr.: CELASCO, *Sui limiti della repudiate, etc.*, cit. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 331 ss.

(396) *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 634.

che meramente processuale, ha carattere nettamente sostanziale; e l'impostazione riportata, è stata poi ripresa successivamente anche nella dottrina più recente⁽¹⁰⁷⁾, anche se, naturalmente, non sono mancate, specie in precedenza, le opinioni discordanti⁽¹⁰⁸⁾.

In realtà, non pare che ogni teoria relativa al problema dei limiti soggettivi del giudicato, possa prescindere dai lineamenti sopra indicati del fenomeno dell'annullamento; e tali caratteri sembrano così consacrati con esso, che si può seriamente dubitare che questo fenomeno si presenti diversamente nello stesso processo civile, il quale, pure, è dominato dal principio della limitazione dell'efficacia del giudicato alle sole parti del giudizio⁽¹⁰⁹⁾.

Impostato in tal modo il problema dei limiti soggettivi, è evidente come esso, in buona sostanza, è stato ricondotto nell'ambito di quello dei limiti oggettivi; e quest'ultimo problema, a sua volta, è stato avviato a soluzione, sulla base di una analisi della estensione che assume l'annullamento del giudice amministrativo.

Le questioni al riguardo sorgono, quando l'atto amministrativo impugnato, pur presentandosi come formalmente unitario, non incide sulla sfera giuridica del solo ricorrente, ma si riflette anche su situazioni giuridiche soggettive (interessi legittimi), di terzi estranei al giudizio; ed è in questa ipotesi che la considerazione, di per sé ovvia, che l'annullamento pronunciato dal giudice amministrativo concerne l'atto impugnato, manifesta tutta

(107) Cfr. nello stesso senso, tra gli altri: CICCOTTA, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 287 e 335; AZZALI, *Osservazioni intorno ai limiti soggettivi di efficacia del giudicato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pag. 39.

(108) Cfr., appunto, il già citato scritto di Rocco, *Appunti sulle cose giudicate*, etc., in *Foro it.*, 1954, III, 222.

(109) Cfr. il rilievo in proposito che già svolgeva il CANTUO nel citato scritto del 1911 (*Pretesi efficacia vincolante*, etc., in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, pag. 539); l'illusione, inoltre, faceva riferimento alla efficacia *erga omnes* delle sentenze dell'Autorità giudiziaria ordinaria in materia di questioni di stato.

la sua insufficienza: più precisamente, si avverte l'esigenza, in tal caso, di una più esatta individuazione dell'atto stesso.

È seguendo tale ordine di idee, che si è distinto, tra quegli atti, interessanti una pluralità di soggetti, nei quali la unitarietà formale, rispecchia un analogo fenomeno sostanziale, e quegli altri atti, i quali, in realtà, risultano della somma di più atti individuali: si è profilata, così, quella distinzione, a tutti nota, tra atti sostanzialmente inscindibili, e atti sostanzialmente scindibili, ormai generalmente accettata nella nostra letteratura giuridica, seppure, talvolta, la terminologia adottata al riguardo non è uniforme⁽¹¹⁰⁾.

Sviluppando le considerazioni che precedono, si ha che, quando un atto, apparentemente unitario, incide nella sfera giuridica di più soggetti, il suo annullamento ripristina gli interessi lesi anche di chi non ha partecipato al giudizio, nel solo caso, in cui l'atto stesso sia sostanzialmente inscindibile: si tratta della soluzione adottata al riguardo dalla dottrina dominante, e dalla giurisprudenza⁽¹¹¹⁾, e che sembra ricalcare una opinione ormai dimenticata, che manifestò a suo tempo MORTARA, sia pure impostando quella distinzione tra atti scindibili e inscindibili, di recente acquisizione, in termini diversi, ovviamente, di quelli oggi accettati⁽¹¹²⁾. In definitiva, sembra che il processo amministrativo costituisca il campo, dove più fruttuosa appare l'applicazione della nota tesi che l'ALLORIO ha sostenuto per il processo

(110) Cfr. su tale distinzione, soprattutto: GIANNI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 19; SCIVILLI, *Sugli atti amministrativi generali e contenuto non normativo*, ibid., 1954, IV, 229; però, mentre il primo fa rilevare la diversità di natura degli atti scindibili e inscindibili, in una differenza di terminologia, delimitando gli uni, atti plurali, e gli altri, atti generali, il secondo considera ambedue queste categorie di atti, come specificazioni del genere atti generali.

(111) Tra le numerose decisioni giurisprudenziali in questo senso, v. per tutte: V sez., 25 febbraio 1956, n. 130, in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 365, con commento di I. gal.; v., ibi, ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza; da ultimo, anche: V sez., 26 aprile 1958, n. 265, in *Riv. giur. Cost. Stato*, 1958, I, 61.

(112) *Commentario*, cit., vol. I, pag. 61.

civile, secondo la quale, appunto, il problema dei limiti soggettivi del giudicato deve essere risolto in quello dei limiti oggettivi⁽¹¹³⁾; e ciò sembra dipendere, in larga misura, anche dal carattere obbiettivo che si deve attribuire alla situazione giuridica sostanziale, che, nel processo amministrativo, costituisce l'oggetto del giudizio.

Questo panorama, peraltro a tutti noto, e, comunque, sinteticamente delineato, dello stato della dottrina sul problema, in genere, del giudicato nel processo amministrativo, nella sua inevitabile accentuazione del profilo soggettivo, sembra averci portato lontano dal nostro tema; ma così non è, in quanto solo sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, è possibile individuare una seconda costante nelle varie teorie sostenute, la quale è di grande rilevanza per l'argomento che ci interessa, tanto che tali considerazioni, sotto questo profilo, appaiono come il necessario presupposto di ogni ulteriore approfondimento in proposito.

La costante cui si è accennato, è quella per cui il problema del giudicato nel processo amministrativo, è comunemente esaminato, sotto il profilo della estensione che assume l'annullamento operato con la pronuncia giurisdizionale; da questo punto di vista, anzi, sembra che gli aspetti comunemente considerati non esauriscano il tema, giacchè l'indagine dovrebbe essere completata, con la valutazione dell'ipotesi in cui l'annullamento non colpisca l'intero atto, ma solo parte di esso (c.d. annullamento parziale): ipotesi degna del massimo interesse, anche per le sue implicazioni di teoria generale, e che non sembra sia stata sufficientemente analizzata fino ad ora⁽¹¹⁴⁾.

D'altra parte, il collegamento tra i limiti obbiettivi del giudi-

(113) *Le cose giudicate rispetto ai terzi*, cit., pag. 67 ss.

(114) L'unica indagine di rilievo sull'argomento, rimane sempre il non più recente scritto di CAMBER, *Le nullità parziali degli atti amministrativi, e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. it.*, 1911, III, 23 ss.; cfr. anche: FERRI, *In tema di falso e di nullità parziale negli atti amministrativi*, in *Furo it.*, 1918, I, 193 ss.

cato, e l'estensione dell'annullamento, pare piuttosto discutibile: di per sé, infatti, l'annullamento è l'effetto della sentenza, e, come ognun sa, dopo l'indagine del LUTTMAN, «efficacia della sentenza, ed auticità di giudicato, sono due cose ben diverse».

A dire il vero, una interferenza dell'una con l'altra è possibile individuandola, in riferimento alle soluzioni che si possono dare al problema della natura stessa del giudicato.

Il tema è stato brevemente richiamato nella prima parte del presente lavoro, e, allora, si osservò come, da un lato, ancor oggi parte della dottrina è fedele alla impostazione tradizionale, secondo la quale il giudicato non sarebbe altro che una particolare efficacia, che si riferirebbe all'accertamento contenuto nel provvedimento giurisdizionale, rendendolo successivamente incontestabile⁽¹¹⁵⁾; è evidente come, secondo questa teoria, nessun collegamento diretto è possibile delineare, tra efficacia di cosa giudicata, ed effetto costitutivo della sentenza; da ciò deriva che l'orientamento seguito dalla dottrina, nel valutare il problema del giudicato nel processo amministrativo, è inesatto.

Peraltro, accanto alla teoria tradizionale di cui si è detto, si è manifestata una tendenza più recente, cui si è accennato precedentemente⁽¹¹⁶⁾, secondo la quale la cosa giudicata sarebbe un modo di essere degli effetti della sentenza, rendendo questi immodificabili; se si accoglie questa seconda tendenza, è evidente come, nel caso del processo costitutivo che ci interessa, sia esatto ricollegare la cosa giudicata all'annullamento che deriva dalla decisione giurisdizionale amministrativa, perchè, effettivamente, la cosa giudicata si dovrebbe risolvere nella immutabilità dell'annullamento stesso; sulla base dello stesso orientamento andrebbe considerata anche l'ipotesi in cui il ricorso è rigettato.

La dottrina del processo civile, come si è detto, è attualmente divisa tra queste due opposte concezioni della natura del

(115) Cfr., supra, pag. 157, 158.

(116) Cfr., supra, pag. 159 ss.

giudicato⁽¹¹⁷⁾; e, in realtà, la stessa alternativa di soluzioni del problema relativo, può essere delineata anche nel processo amministrativo, stante il carattere generale dell'impostazione di tale problema.

Si impone, perciò, una scelta; la dottrina amministrativistica, in cui è possibile individuare quella seconda costante cui si è accennata, sembrerebbe orientata verso l'accoglimento della teoria più recente, discostandosi, così, dalla tendenza tradizionale. Dubitiamo seriamente, però, che si possa attribuire allo stato attuale di tale dottrina, il valore di una scelta, almeno consapevole, tra le due alternative tratteggiate, perchè il problema, nei suoi termini così generali, non risulta mai essere stato preso in esame, in relazione al processo amministrativo.

Manca, infatti, un approfondimento specifico del problema della natura della cosa giudicata, il quale sia dovuto ad un amministrativista; e, a parte questo, manca anche un approfondimento, dovuto ad un amministrativista, di quei problemi, i quali possono fornire la chiave per la soluzione di questo: primo tra tutti, quello concernente i caratteri e la struttura del provvedimento giurisdizionale⁽¹¹⁸⁾.

D'altra parte, la circostanza per cui la dottrina del processo amministrativo non ha risentito neppure gli echi della principale disputa che divide attualmente la dottrina del processo civile, in relazione al problema della natura della cosa giudicata, deve anche essere valutata con riferimento alle esigenze di dogmatica del processo amministrativo, che sono state finora avvertite in modo più sensibile; e, al riguardo, si può osservare che se, da un lato, l'esigenza di precisare i limiti dell'annullamento effettuato dal Consiglio di Stato, è stata sempre acutamente percepita, per le ragioni sopra esposte, non altrettanto si può dire per quel che riguarda l'esigenza di determinare i contorni dell'ac-

(117) Cfr., *supra*, pag. 157 ss.

(118) Per la connessione tra il problema della natura del giudicato, e quello della natura del provvedimento giurisdizionale, cfr., *supra*, pag. 158.

certamento che è compiuto dallo stesso organo. In tal modo, è evidente che sono venuti a mancare, per così dire, gli stessi termini di paragone, sulla cui base poter effettuare una valutazione comparativa delle due teorie, imperniata l'una, sul carattere di accertamento della sentenza, e l'altra sul carattere costitutivo (o imperativo), della sentenza stessa, e di considerare anche gli effetti conseguenti per la sistemazione dei lineamenti generali del processo che qui interessa, dall'accoglimento dell'una o dell'altra.

D'altra parte, una volta indicate le due principali alternative di soluzione, che il problema della natura del giudicato presenta, può essere tralasciato ogni approfondimento sul tema: infatti, come già si è rilevato a proposito dello stesso problema, in riferimento al processo civile⁽¹¹⁹⁾, in un lavoro dedicato all'argomento della pregiudiziale, non importa prendere posizione sulla natura del giudicato, ma è necessario esaminare le incidenze che i limiti obbiettivi di questo possono manifestare sul tema che interessa.

Già allora⁽¹²⁰⁾, si è rilevato come, nell'ipotesi in cui si accogliesse la teoria, secondo la quale la cosa giudicata dovrebbe essere svincolata dall'accertamento, nessuna incidenza del genere potrebbe essere ravviata: in tal caso, infatti, la cosa giudicata riguarda la sentenza, come atto avente autonomi effetti, e, come tale, non può interferire in alcun modo sugli accertamenti compiuti dal giudice in via meramente pregiudiziale, giacchè questi si muovono su un piano, quale è quello dell'accertamento, che non può avere nessun punto di contatto con quello degli effetti propri del provvedimento giurisdizionale.

Diversamente, invece, nell'ipotesi in cui si accolga l'orientamento tradizionale: se si ricollega la cosa giudicata all'accertamento, si delinea il rapporto tra limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, e limiti obbiettivi

(119) Cfr., *supra*, pag. 160 ss.

(120) Cfr., *supra*, pag. 163.

del giudicato, e ciò, sulla base della relazione prima tratteggiata: nel senso, cioè, che gli accertamenti meramente pregiudiziali non possono, per la loro stessa natura, passare in giudicato. Ecco, dunque, sorgere il problema di una precisazione dei limiti oggettivi del giudicato, in modo puntualmente corrispondente ai limiti della pregiudizialità.

Per completare l'indagine sui limiti dell'ambito della pregiudizialità nel processo amministrativo, valutando, sotto questo profilo, anche i limiti obbiettivi del giudicato, ci si deve basare, perciò, su quella teoria che ammette l'interferenza tra gli uni e gli altri; dallo sviluppo del ragionamento, risulta chiaro, allora, come l'impostazione che è qui seguita non vuole affatto significare adesione alla teoria tradizionale sulla natura del giudicato, ma, al contrario, acquista il solo valore di una ipotesi di lavoro: della sola ipotesi di lavoro, del resto, alla cui luce, per le ragioni prima esposte, abbia un senso proseguire l'indagine, in relazione al tema della pregiudizialità.

Come già si è accennato nella prima parte del presente lavoro⁽²¹¹⁾, in tanto si può ricollegare l'efficacia di giudicato, che si riconnette alla sentenza, ad un accertamento, in quanto si ravvisi in questa, un momento avente, appunto, tale carattere: sotto questo profilo, la tendenza più recente, volta a svincolare la cosa giudicata dall'accertamento, appare intimamente collegata con l'orientamento, che si manifesta ogni giorno più accentuatamente, di una svalutazione dell'importanza, e, addirittura, talvolta, di una negazione della stessa esistenza, del momento dell'accertamento, nel quadro degli elementi della sentenza.

Ad ogni modo, per le stesse esigenze di ipotesi di lavoro che si sono indicate, si parte dal presupposto che tale momento si possa individuare nella decisione del giudice amministrativo.

Seguendo questo ordine di idee, si può osservare come un accertamento possa e debba essere individuato anche nella deci-

(211) *Cfr.*, *supra*, pag. 163.

sione del Consiglio di Stato, con la quale si pronuncia l'annullamento dell'atto impugnato; e, in tal caso, l'accertamento verte, ovviamente, sulla illegittimità dell'atto stesso; sola, è propria questa l'ipotesi in cui esaminare il problema del giudicato in relazione all'accertamento contenuto nelle pronunce del giudice amministrativo risponde ad una esigenza che è meno sentita: alla dichiarazione di illegittimità dell'atto, infatti, si aggiunge, e, per così dire, si sovrappone, l'annullamento di questo, la sua cancellazione dal mondo giuridico; e questo effetto che deriva dalla decisione del giudice amministrativo è di tale portata, da rendere quasi sempre praticamente irrilevante esaminare l'efficacia della dichiarazione di illegittimità dell'atto, che, implicitamente o esplicitamente, è contenuta nella decisione medesima.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo respinge il ricorso, per motivi attinenti al merito di esso. Se si individua in ogni decisione giurisdizionale un momento che non si risolve nel mero accertamento, e si ricollega a questo momento la particolare efficacia di cosa giudicata, non vi è dubbio che anche nell'ipotesi di decisione di rigetto del ricorso, il problema del giudicato vada impostato in relazione al carattere che assume, sotto questo profilo, quell'elemento della decisione stessa, che non è di mero accertamento. Non vi è parimenti dubbio, però, che, in tal caso, questo elemento non assorbe, di per sé, l'altro elemento, logicamente antecedente, e cioè quello dell'accertamento della legittimità dell'atto impugnato (s'intende, in relazione al vizio dedotto dal ricorrente).

Ecco, dunque, che nell'ipotesi della decisione di rigetto può essere impostato il problema del giudicato, in relazione all'accertamento, non solo per esigenze di carattere dogmatico, ma anche perchè un orientamento del genere trova un buon fondamento nell'aderenza agli aspetti salienti, almeno apparentemente, del fenomeno.

È proprio con riferimento a tale ipotesi, infatti, che si sente il bisogno di chiarire la portata e i limiti dell'accertamento con-

tenuto nella decisione del giudice amministrativo, il quale, secondo la tradizionale tendenza, sarebbe suscettibile di passare in giudicato; e i casi in cui può sorgere la questione del valore dell'accertamento della legittimità dell'atto impugnato, in relazione ai vizi dedotti, contenuto nella decisione del Consiglio di Stato, che rigetta nel merito il ricorso, possono essere, come è noto, ridotti a tre:

a) caso di un successivo giudizio davanti allo stesso giudice amministrativo, nel quale assuma rilevanza la questione della legittimità dell'atto, la quale ha costituito oggetto del precedente giudizio; e ciò può avvenire nei rari esempi che si possono portare, in cui successivamente alla prima decisione, lo scadere del termine di decadenza non abbia impedito la proposizione di un nuovo ricorso contro lo stesso atto⁽¹²⁷⁾; oppure, quando dalla soluzione della questione di legittimità dell'atto, decisa col precedente giudizio, dipenda la soluzione della questione di legittimità di altro atto, che costituisce l'oggetto del nuovo giudizio⁽¹²⁸⁾;

(127) La cosa, naturalmente, sarà possibile solo in materia di pretese patrimoniali derivanti dal rapporto di pubblico impiego, quando l'atto impugnato non abbia carattere autoritativo. Sulla proposibilità, in genere, di un nuovo ricorso, quando i termini di decadenza non sono scaduti, v., la già citata decisione della Adunanza plenaria, 25 ottobre 1953, n. 4, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, 416, la quale, nella ampia motivazione, nega che si possa applicare al processo amministrativo l'art. 287 cod. proc. civ., il quale esclude la possibilità della duplice proposizione del ricorso; è da osservare, però, come la fattispecie in esame differisca profondamente da quella regolata da tale norma; nel nostro caso, infatti, non si tratta di riproporre un ricorso, già precedentemente dichiarato inammissibile, bensì di impugnare l'atto, contro il quale era stato già presentato precedente ricorso, che era stato respinto nel merito; il problema della proposibilità del nuovo ricorso, perciò, deve essere risolto alla luce dei principi che regolano la cosa giudicata, e non di quelli della preclusione discendente da una pronuncia avente per oggetto una questione meramente processuale; e, a riprova, nessun ostacolo dovrebbe rinvenirsi, ove il secondo ricorso fosse basato su motivi diversi da quelli del primo, giacché, come si vedrà, il giudicato sulla legittimità dell'atto impugnato, che si forma sulla decisione che rigetta il ricorso nel merito, è limitato in relazione ai vizi dell'atto dedotti dal ricorrente, e esaminati dal giudice.

(128) Il problema sarà esaminato più in dettaglio, successivamente, quando si dirà delle questioni pregiudiziali, che insorgono in un processo amministrativo,

b) caso di un successivo giudizio davanti organi giurisdizionali diversi; l'ipotesi del genere che si verifica più frequentemente, è quella in cui il successivo giudizio è celebrato davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria; la portata dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo, si traduce in una limitazione del potere di tale autorità, di disapplicare, perché illegittimo, l'atto amministrativo, dichiarato, invece, legittimo, dal Consiglio di Stato⁽¹²⁹⁾;

c) caso in cui in cui la legittimità dell'atto impugnato, accertata dal Consiglio di Stato, o la illegittimità di questo, da tale giudice esclusa, costituisca il presupposto di un successivo atto di amministrazione attiva; esempio tipico: dell'atto di annullamento d'ufficio per motivi di legittimità⁽¹³⁰⁾.

Ricollegando l'efficacia di giudicato all'accertamento contenuto nella decisione giurisdizionale, per le ragioni più volte esposte, non vi è dubbio che l'accertamento che passa in giudicato, è quello relativo all'oggetto del giudizio: l'accertamento cioè, nell'ipotesi in esame, concernente la legittimità dell'atto impugnato; e, in base al principio della unità della giurisdizione, una volta che si attribuisce, ormai pacificamente, l'efficacia di cosa giudicata anche alle decisioni del giudice amministrativo, risulta evidente che, nel caso in cui il Consiglio di Stato rigetti il ricorso nel merito, l'accertamento della legittimità dell'atto è vincolante non solo per la successiva attività

in questi, considerate come un unico oggetto del giudizio, risulterebbe nella giurisdizione dello stesso giudice amministrativo.

(129) Cf., sull'argomento: CARONIA-BARTOLA, L'inapplicabilità degli atti amministrativi, Milano 1950, pag. 151, 152; ed una specie, del potere di disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo illegittimo, v. di recente, lo studio di FRANCINI, Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pag. 317 ss.

(130) Cf., in argomento, COMATI PIZZANZI, L'annullamento degli atti amministrativi, Milano, 1929, pag. 106, che però limita l'efficacia oggettiva del problema onto amministrativo; per una impostazione spiccatamente privatistica del problema dei rapporti tra il giudice amministrativo e il potere di annullamento d'ufficio della pubblica Amministrazione, v.: LARONCA, Giudizio di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnazione, in *Foro it.*, 1949, III, 172 ss.

dell'Amministrazione, la quale, oltretutto, era parte nel processo, ma anche in successivi giudizi, pure se questi si svolgono di fronte a diversi organi giurisdizionali.

Piuttosto, sulla base della rigorosa corrispondenza che si deve delineare in ogni caso, tra i limiti oggettivi del giudicato, e l'oggetto del giudizio, la precisazione che si è operata di tale oggetto, si riflette, come già si era anticipato, su questi limiti stessi; infatti, l'oggetto del giudizio non è costituito dalla mera questione di legittimità dell'atto, intesa in senso generico, ma, al contrario, questa è determinata specificamente, in relazione al vizio dell'atto stesso dedotto dal ricorrente. In corrispondenza di ciò, quel che passa in giudicato è l'accertamento della legittimità dell'atto, solo in riferimento a tale vizio. Ne consegue, che l'Amministrazione è sempre libera di annullare d'ufficio l'atto, il ricorso contro il quale sia stato respinto nel merito, per vizi diversi da quelli presi in esame dal giudice amministrativo; e, parimenti, il giudice civile o penale è libero di disapplicare l'atto che egli ritiene illegittimo, perchè affetto da vizi diversi da quelli la cui esistenza è incontestabilmente esclusa dalla decisione del Consiglio di Stato.

È da notare, però, che pur ricollegando il problema del giudicato a quello dell'accertamento, e questo, all'oggetto del giudizio, le considerazioni che precedono, e che rispecchiano i termini in cui il problema stesso è comunemente trattato, concernono solo il valore extraprocessuale dell'accertamento del giudice amministrativo, il quale riguarda un contenuto tipico: la legittimità dell'atto; normalmente, non è neppure sentita l'esigenza di una precisazione del valore dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo, e che abbia un contenuto diverso; e tale contenuto, evidentemente, non può essere costituito altro che da quelle circostanze di fatto e di diritto, sulla cui base il giudice stesso ha deciso sull'oggetto del giudizio.

Tracce sporadiche di questa questione possono rinvenirsi solo nella dottrina meno recente, la quale, nella trattazione del

problema del giudicato scaturente dalle decisioni giurisdizionali amministrative, era evidentemente attratta dagli schemi della dottrina del processo civile; e, seguendo questa impostazione, non poteva non risentire delle polemiche ormai sopite, che in tale dottrina si agitavano, sui limiti oggettivi del giudicato scaturente dalle sentenze civili; in particolare di quelle dispute, che traevano spunto dalla teoria del SAVIGNY e del MORTARA, la quale, come si è visto⁽¹⁰⁰⁾, estendeva il giudicato non solo al dispositivo della sentenza, ma anche alla sua motivazione.

In corrispondenza puntuale con tale impostazione del problema, è possibile rinvenire delle superate opinioni, tendenti a risolvere il problema dei limiti oggettivi del giudicato nel processo amministrativo secondo tali schemi, attribuendo forza di giudicato non solo all'accertamento del giudice amministrativo che si riflette nel dispositivo, e che verte sull'oggetto del giudizio, ma anche a quegli accertamenti, che affiorano nella motivazione⁽¹⁰¹⁾; e anche chi si opponeva ad un orientamento del genere, ciò non di meno trattava la questione negli stessi termini, riducendo il giudicato, cioè, in corrispondenza del solo dispositivo⁽¹⁰²⁾.

Nella dottrina più recente, il problema generalmente non è più sentito; di solito non si discute più, infatti, se l'accertamento del Consiglio di Stato che passa in giudicato, comprenda anche quelle circostanze di fatto e di diritto sulla cui base è stata pronunciata la legittimità, o la illegittimità dell'atto impugna-

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., *supra*, pag. 162, 163.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. Formai l'articolo scritto del PASTOR, *Delle cose giudicate succedute dalle decisioni della IV sez. del Consiglio di Stato*, in Filangieri, 1895, pag. 11, 12; delle decisioni della IV sez. del Consiglio di Stato, in Filangieri, 1895, pag. 11, 12; successivamente, v. GALLIANO SANTORI, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1921, I, 295. Per la giurisprudenza, cfr.: App. Firenze 26 giugno 1921, in Riv. dir. proc. civ., 1924, II, 208, e la sentenza citata nel 213, da CALABRO, *Sui limiti della regolazione*, etc., cit. il quale critica tale orientamento.

⁽¹⁰²⁾ In questo senso, v. appunto CALABRO, *Sui limiti della regolazione*, etc., cit., in Riv. dir. proc. civ., 1924, II, pag. 214 ss.

to⁽¹⁰⁷⁾; e in questo fenomeno sembra da ravvisarsi una implicita presa di posizione, forse, però, non del tutto consapevole, nel senso del collegamento tra i limiti obbiettivi del giudicato e l'oggetto del giudizio, e verso l'accoglimento di una nozione di oggetto del giudizio così ristretta, come quella che si è venuta delineando nel corso del presente lavoro.

D'altra parte, si può osservare come l'art. 28 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, dispone che non passa in giudicato la decisione delle questioni pregiudiziali, le quali vertano su diritti soggettivi perfetti; ora, da questa disposizione, sembra che si possa argomentare la coincidenza, anche nel processo amministrativo, dei limiti obbiettivi del giudicato, con il contenuto dell'oggetto del giudizio, senza fare riferimento diretto alla teoria della pregiudiziale.

Infatti, il motivo per cui la soluzione delle questioni suddette non passa in giudicato, pare possa essere rinvenuto unicamente nella circostanza per cui esse non sono ricomprese nell'oggetto del giudizio.

D'altro canto, se il passaggio o meno in giudicato della decisione di determinate questioni, dipende non dalla natura, o dall'oggetto di queste, ma solo dalla relazione con cui esse si pongono con l'oggetto del giudizio, è evidente che sulla base della disposizione in esame, si può trarre la deduzione che la soluzione di ogni questione che non è ricompresa nell'oggetto del giudizio, non passa in giudicato.

E poichè ad ogni questione non compresa nell'oggetto del giudizio si è attribuito il carattere pregiudiziale⁽¹⁰⁸⁾, ecco che si

(107) Tra le rare, esplicite prese di posizione, in tempi recenti, nel senso della limitazione del giudicato amministrativo alla sola dichiarazione di legittimità, o di illegittimità dell'atto impugnato, senza estensione alle argomentazioni, sulla cui base si è pervenuti a tale conclusione, v., per la dottrina: ZANONDI, Corso di diritto amministrativo, cit., vol. II, pag. 228, il quale fa esplicito riferimento ad analoghi di diritto processuale civile; e per la giurisprudenza: V. sez., 28 febbraio 1958, n. 57, in *Rev. giur. Cons. Stato*, 1958, II, 125.

(108) *Civ.*, supra, pag. 59, 60.

può chiedere l'anello dei rapporti tra oggetto del giudizio, pregiudiziale, e limiti obbiettivi del giudicato.

Per tali ragioni, nel processo amministrativo non possono passare in giudicato gli accertamenti relativi a quelle circostanze di fatto o di diritto, sulla cui base il giudice ha pronunciato la decisione finale; in particolare, non passano in giudicato gli accertamenti sul comportamento che è stato effettivamente tenuto dall'Amministrazione, sull'aspetto di esso che viola la legge, sullo stesso vizio dell'atto, considerato in via autonoma, prescindendo, cioè, dalla illegittimità che è da esso provocata.

Non passano in giudicato gli accertamenti su quelle circostanze, sulla cui base è possibile rilevare la esistenza di tale vizio; se esse sono circostanze, le quali, di per sé, non possono costituire oggetto di un autonomo giudizio, in un qualsiasi processo previsto dal nostro ordinamento, questo si ricollega alla loro generica inidoneità a costituire oggetto di accertamenti che possono passare in giudicato.

Se, viceversa, si tratta di circostanze, le quali possono essere oggetto di un giudizio, si deve distinguere: nel caso che siano diritti soggettivi perfetti, al loro passaggio in giudicato osta una norma espressa; nelle altre ipotesi, lo stesso fenomeno deriva da quel principio generale il quale, come si è detto, è deducibile dalla norma stessa.

In conclusione, la corrispondenza tra i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, e i limiti obbiettivi del giudicato nello stesso processo, sembra perfetta⁽¹⁰⁹⁾.

(109) Da ciò risulta confermato che, anche nel processo amministrativo, non vi è posto per la teoria c.d. del giudicato implicito, cui, pure il Consiglio di Stato, fa esplicito riferimento; per l'esame del problema, in termini generali, v., supra, pag. 266.

SEZIONE SECONDA

Le singole ipotesi di questioni pregiudiziali.

29. Gli amplissimi limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, in senso meramente logico, nel processo amministrativo, che si sono venuti delineando, richiedono, d'altra parte, una più accurata precisazione della disciplina delle singole ipotesi di questioni pregiudiziali che in tale processo possono insorgere, e, anzitutto, una loro individuazione.

Anche in una classificazione delle questioni pregiudiziali nel processo amministrativo, la *summa divisio* che occorre fare, è tra le questioni pregiudiziali in senso meramente logico e le questioni pregiudiziali in senso giuridico: infatti, anche nel tipo di processo che qui interessa, sussistono quelle stesse esigenze, le quali furono avvertite sin dagli inizi della moderna indagine sul tema, e che richiedono che vengano tratteggiati i caratteri di una pregiudizialità in senso giuridico, avente un significato ed una portata più tecnica, rispetto a quella meramente logica (*).

Nella prima parte del presente lavoro, si è accolto la definizione di questione pregiudiziale in senso tecnico, che fa perno sulla idoneità a costituire un autonomo oggetto del giudizio, di una questione pregiudiziale in senso logico; e si è pervenuti a tale conclusione, sulla base della considerazione che il fenomeno della pregiudizialità logica acquista una giuridica rilevanza nel processo, sotto i due profili della determinazione della competenza del giudice a risolvere le questioni o le cause pregiudiziali, e della efficacia che acquistano le decisioni relative; due profili, cioè, i quali conducono ambedue verso una unica nozione, quella

(*) Cfr., *supra*, pag. 131 ss.

di oggetto del giudizio, in base ad una serie di considerazioni che qui non occorre ripetere (**).

I profili sotto i quali il fenomeno della pregiudizialità acquista rilevanza giuridica sono, anche nel processo amministrativo, identici a quelli indicati, come si può facilmente argomentare dall'art. 28 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato; per tale ragione, appare chiaro che la distinzione tra questioni pregiudiziali in senso logico, e questioni pregiudiziali in senso giuridico, la quale, si è detto, deve farsi anche per quel che riguarda il processo amministrativo, anche in questo processo deve essere tratteggiata con gli stessi caratteri precedentemente delineati su un piano generale: ossia, che è pregiudiziale anche in senso giuridico, quella questione, pregiudiziale in senso logico, la quale può costituire autonomo oggetto del giudizio, in un qualsiasi processo previsto dal nostro ordinamento.

Sulla base di tale distinzione, è possibile individuare nel processo amministrativo, come, del resto, in ogni altro tipo di processo, tutta una serie di questioni pregiudiziali, le quali sono tali solo per il nesso di antecedenza logica, col quale si pongono, in relazione con l'oggetto del giudizio, ma che non possono costituire mai un autonomo oggetto del giudizio, e che, per tale ragione, non sono questioni pregiudiziali anche in senso tecnico; il gruppo più cospicuo di esse è quello delle questioni che vertono sui meri fatti, sulla cui base il giudice decide il giudizio: quei fatti, cioè, che nessun giudice può mai sottoporre ad un autonomo accertamento giudiziale in senso proprio, il quale possa acquistare, poi, forza di giudicato (**).

In contrapposizione a tali questioni pregiudiziali, in senso meramente logico, si devono individuare, invece, quelle questioni le quali insorgono nel processo amministrativo, ponendosi

(*) Cfr., *supra*, pag. 136 ss.

(**) L'affermazione di cui nel testo vale, in quanto si attribuisce all'oggetto del giudizio nel processo penale, un carattere diverso da quello dei meri e fatti si; sul punto, cfr., *supra*, pag. 172, 173.

nei confronti del relativo oggetto del giudizio, in quel rapporto di precedenza logica il quale, come tale, giustifica la loro qualifica di « pregiudiziali », ma che, in altro processo, davanti alla stessa, o a diversa autorità giurisdizionale, potrebbero costituire l'oggetto del giudizio.

In quali ipotesi una questione pregiudiziale di questo tipo, possa porsi anche come un autonomo oggetto del giudizio, acquistando, così, il carattere di causa pregiudiziale, gioverà dire molto brevemente. Anzitutto può darsi il caso in cui l'insorgere della questione pregiudiziale, da un lato, e quello della causa pregiudiziale, dall'altro, non siano in alcun modo connessi; allora, la pendenza di un giudizio, che abbia tale questione come proprio oggetto, contemporaneamente alla pendenza di un giudizio, in cui la stessa questione abbia carattere pregiudiziale, è del tutto accidentale; ciò non di meno, questo fenomeno si rivela produttivo di conseguenze giuridiche: talvolta, infatti, il secondo processo deve essere sospeso fino al termine del primo, e, in ogni caso, se questo si conclude con una sentenza che passa in giudicato, prima della decisione di quello, tale sentenza si immette nel processo in cui era sorta la questione pregiudiziale, come un punto pregiudiziale, secondo la tesi del MENESTRI-NA (*), in base ai normali principi del giudicato, e dei suoi limiti oggettivi e soggettivi.

Molto più frequente, però, è il caso in cui l'insorgere della causa pregiudiziale, è connesso con la questione pregiudiziale, sorta in un processo già precedentemente pendente: ciò si verifica quando tale questione non può essere risolta solo *incidenter tantum*, unicamente ai fini della decisione sull'oggetto del giudizio, ma, al contrario, deve essere decisa *principaliter*; si ha, cioè, quel fenomeno della trasformazione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale.

Nel processo civile, come si è visto (**), tale trasformazione

(*) *Gr.*, *supra*, pag. 29.

(**) *Gr.*, *supra*, pag. 174 ss.

può avvenire in due ipotesi, che sono previste dall'art. 34 cod. proc. civ.: la volontà della legge, e la domanda delle parti. Si deve ritenere che, pur prescindendo dalla particolare disciplina che tali due ipotesi hanno nel processo civile, la previsione di queste abbia un valore generale, in quanto la disposizione citata sembra esaurire i possibili presupposti del fenomeno in esame.

Ma se ambedue le ipotesi, almeno su un piano del tutto astratto, sono delineabili anche nel processo amministrativo, in pratica essi si manifestano in tale processo con caratteri ben diversi da quelli prima indicati a proposito del processo civile. Infatti, da un lato, i casi in cui una questione pregiudiziale non può essere risolta per legge solo *incidenter tantum*, ma, al contrario, deve essere decisa *principaliter*, tendono a moltiplicarsi.

Per contro, ben diversa disciplina ha l'altra ipotesi, nella quale assume rilevanza la volontà delle parti, e, in complessa, tale ipotesi appare, in concreto, di molto difficile verificazione.

Già un primo indizio, sia pure molto generico, di ciò, può essere individuato nella regolamentazione generale del processo amministrativo, la quale è impostata, nelle sue linee principali, ad un preminente interesse pubblico, il quale, indiscutibilmente, diminuisce la sfera dei poteri del privato, rispetto a quella che si può delineare nel processo civile.

Scendendo ad osservazioni di carattere più specifico, si può notare come la questione pregiudiziale che dovrebbe essere trasformata in causa pregiudiziale su richiesta di parte, se è considerata come un autonomo oggetto del giudizio, o appartiene alla stessa competenza del giudice amministrativo, oppure appartiene alla competenza di un giudice diverso. Nel primo caso, la questione pregiudiziale verte sulla legittimità di un atto amministrativo, diverso da quello impugnato, e poichè essa è rivolta ad un giudice, i cui provvedimenti decisivi, di regola, hanno carattere costitutivo, la richiesta di sua trasformazione in causa, si traduce in una impugnazione dell'atto stesso, la quale deve sottostare a tutte le condizioni, specie di carattere formale, che sono previste

dalla legge per la proposizione di un ricorso giurisdizionale amministrativo: e specialmente il requisito della tempestività del ricorso stesso, nei confronti del perentorio termine di 60 giorni, renderà assai difficile, in pratica, che la trasformazione in esame possa trovare luogo (*).

Nè la cosa si presenta più agevole nell'ipotesi in cui la questione da trasformare in causa appartenga, per competenza, ad un giudice diverso: infatti, tale trasformazione avviene solo su domanda, e, quindi per l'interesse della parte, ed essa comporta un inevitabile arresto del processo amministrativo, fino alla decisione della causa pregiudiziale; la trasformazione stessa non appare conciliabile, perciò, con quella esigenza pubblicistica, a che il processo amministrativo abbia sollecita conclusione, anche per evitare che la questione sulla legittimità di un atto amministrativo rimanga troppo a lungo sospesa. Nel conflitto tra tale interesse pubblico, e l'interesse della parte, non appare dubbio come il primo abbia la prevalenza sul secondo, escludendo, perciò, che possa verificarsi, almeno di regola, l'ipotesi in esame. D'altro canto, non si può arrivare a diversa conclusione, neppure se si identifica l'interesse della parte, a provocare una pronuncia giurisdizionale *principaliter* sulla questione pregiudiziale, e con forza di giudicato, con l'interesse generale, alla certezza delle situazioni giuridiche, giacchè i casi in cui la trasformazione di una questione pregiudiziale, in una causa, che nel processo amministrativo sono dettati in modo cogente dalla legge, appaiono, appunto, il frutto della valutazione comparativa di tale interesse alla certezza, con quello alla sollecitudine della definizione del processo amministrativo stesso; perciò, al di fuori di tali casi, non appare lecito individuarne altri, in cui il processo amministrativo può essere arrestato, senza che l'in-

(*) Il problema è connesso, evidentemente, con quello della possibilità che la legittimità di un atto amministrativo, diverso da quello impugnato, venga valutata incidentalmente dal giudice amministrativo, il che, come è noto, è espressamente negato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato; la questione, comunque, sarà esaminata più dettagliatamente in seguito: cfr., *ibidem*, pag. 285 ss.

terprete non sovrapponga arbitrariamente il proprio apprezzamento, a quello del legislatore.

È ovvio, comunque, che quando, per qualsiasi ragione, si ha la trasformazione di una questione pregiudiziale, in una causa pregiudiziale, si verificano le stesse conseguenze giuridiche, cui prima si è accennato, a proposito dell'ipotesi in cui la pendenza di un giudizio, in cui è meramente pregiudiziale, una questione che in altro giudizio ne costituisce l'oggetto, è un fatto del tutto accidentale; in particolare, quella conseguenza per cui la decisione della causa pregiudiziale si immette come punto pregiudiziale nell'altro processo, come soluzione della questione pregiudiziale ivi sorta.

Non vi è dubbio, che la regolamentazione delle ipotesi di interferenza tra la causa pregiudiziale, e la causa, per così dire, pregiudicata, costituisca un aspetto della disciplina del fenomeno della pregiudizialità, che è peculiare di quelle questioni pregiudiziali, le quali possono costituire oggetto di un autonomo giudizio; ossia, delle questioni pregiudiziali anche in senso giuridico.

Sarebbe inesatto, però, trarre da ciò la conclusione, che tale regolamentazione costituisce il profilo più saliente, e maggiormente significativo, per i lineamenti da attribuire ad una teoria della pregiudizialità, della disciplina delle questioni pregiudiziali in senso anche giuridico; infatti, l'aspetto di questa disciplina che appare di gran lunga come il più degno di interesse, è quello che si presenta indifferenziato, rispetto alle questioni pregiudiziali, in senso meramente logico.

Questa affermazione, che può stupire, merita di essere giustificata con alcune considerazioni.

La ragione per cui si è notato che ambedue i profili sotto i quali acquista rilevanza giuridica il fenomeno della pregiudizialità, richiamano la nozione di oggetto del giudizio, è che la competenza dell'organo giurisdizionale che deve decidere della controversia è determinata da tale oggetto, almeno di regola; e che,

come si è visto, è solo l'accertamento il quale verta sull'oggetto del giudizio che può acquistare forza di giudicato.

Da ciò consegue che tutte le questioni pregiudiziali, e cioè non solo quelle meramente logiche, ma anche quelle che sono tali anche in senso tecnico-giuridico, non rilevano ai fini della determinazione della competenza del giudice che decide della questione principale, almeno di regola; e, correlativamente, le loro decisioni non passano in giudicato; e non solo, sotto questi profili, la disciplina delle questioni pregiudiziali dell'uno e dell'altro gruppo è assolutamente identica e indifferenziata, ma essa ha anche un medesimo fondamento: l'uguale rapporto col quale esse si pongono, nei confronti dell'oggetto del giudizio.

L'importanza, e la significatività di ciò può essere valutata in tutta la sua portata, se il rilievo che precede è applicato ai fini di delineare i tratti essenziali della natura del fenomeno che è oggetto del presente studio; e il disegno riassuntivo di questi caratteri si è volutamente ritardato sino a questo momento, in quanto è sembrato opportuno che tali caratteri fossero immediatamente percepibili, sulla base della descrizione del fenomeno stesso, che è stata condotta.

Sulla natura della pregiudizialità, sono state avanzate numerosissime teorie⁽¹⁾, dalla valutazione analitica delle quali possiamo prescindere, però, in quanto i rilievi critici che, sembra, si possono ad esse rivolgere, risulteranno abbastanza chiaramente da quanto si dirà sul punto.

Dando uno sguardo d'insieme al panorama della ricca letteratura sull'argomento che interessa, si può notare, in esso, per così dire, due correnti principali.

La prima di queste è orientata nel senso di delineare il fenomeno della pregiudizialità, come un fenomeno che si manifesta, anzitutto, nell'ambito di ogni singolo processo, e, sotto questo profilo, come immanente in questo. Per contro, l'altro

(1) Per una rassegna di esse, con ampie citazioni, e valutazioni critiche, v. FUCINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 6 n.

orientamento tende ad individuare nella pregiudiziale, un fenomeno che non si esaurisce nell'ambito del singolo processo, ma che acquista rilevanza in tanto, in quanto interferisce con altri processi. E, forse, non è accidentale, che il primo orientamento, su cui è basata tutta la concezione del MANASTERINA⁽²⁾, per esempio, sia prevalente nel processo civile, mentre, al contrario, il secondo domina in un altro processo, in cui la pregiudizialità è stata particolarmente elaborata: il processo penale⁽³⁾.

L'opinione estrema che si deve ricollegare a quest'ultimo orientamento, comunque, è quella, manifestata, appunto, nella dottrina del processo penale, secondo la quale la pregiudizialità costituirebbe un fenomeno di interferenza di giurisdizioni; in altri termini, secondo questa tesi, si dovrebbero considerare come questioni pregiudiziali, quelle questioni che insorgono nel corso di un processo, ma che, considerate come autonome oggetto del giudizio, ricadrebbero nella competenza di un giudice, appartenente ad una giurisdizione diversa da quella, cui appartiene il giudice della questione principale⁽⁴⁾.

Questa impostazione, del resto, corrisponde pienamente a quella di chi voglia esaminare il problema della pregiudizialità nel processo amministrativo, solo in relazione alla esigenza dell'art. 23 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, e, al

(2) Tale concezione è stata ampiamente esposta e sostanzialmente svolta nella prima parte del presente lavoro; v., sopra, passim, ma specialmente pag. 21 n.

(3) Infatti, data la diversa natura della giurisdizione civile e di quella penale, è normale che le questioni pregiudiziali che insorgono in un processo civile, nella maggior parte dei casi, abbiano carattere civile, mentre, al contrario, è più frequente che le questioni pregiudiziali che insorgono nel processo penale non abbiano carattere penale; questo ragionamento vale, e fortiori, per lo stesso processo amministrativo, dove, all'indomani di una ipotesi specifica che sarà stessa processualmente, è molto raro il caso in cui sorga una questione pregiudiziale, avente per oggetto la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato; e tale ipotesi è quella che si verifica, quando l'atto, sulla cui legittimità sorge la questione pregiudiziale, fa parte, con l'atto impugnato, di una medesima serie procedimentale.

(4) Tale tesi vedrà riproposta da FUCINI, con circostati e rilievi nettamente critici (*La pregiudizialità*, cit., pag. 12 n.).

massimo, di alcune norme del codice di procedura penale: in sostanza, sotto l'unico profilo, appunto, della interferenza di giurisdizioni. Ma è appena il caso di far rilevare come la visione del fenomeno che ne risulta, appare inaccettabilmente ristretta: in base ad essa, infatti, si dovrebbe negare il carattere di pregiudizialità alla grande maggioranza di quelle questioni alle quali, invece, come si è visto, tale carattere va attribuito. E la gravità di questa così drastica limitazione si manifesta in modo incontrovertibile, a tacere d'altro, dalla circostanza per cui l'art. 34 cod. proc. civ. regola ipotesi di questioni pregiudiziali, le quali appartengano tutte alla competenza del giudice ordinario civile; e perciò, secondo la tesi criticata, si dovrebbe negare che disciplini un aspetto del fenomeno della pregiudizialità, proprio la più importante norma in materia, che si possa rinvenire nel nostro ordinamento positivo.

Sotto questo profilo, non vi è il minimo dubbio che si deve considerare come una evoluzione altamente positiva, la reazione che contro la opinione sopra criticata, si è manifestata nello stesso ambito della dottrina del processo penale; reazione, che ha portato a delineare la pregiudizialità, non più come un fenomeno di sola interferenza di giurisdizioni, ma come un problema di interferenza tra la semplice competenza, del giudice della causa principale, e di quello della questione pregiudiziale⁽¹⁾. In base a tale impostazione, si potrebbe attribuire il carattere di pregiudizialità, non solo a tutte le questioni che erano da definire in tal modo secondo la tesi precedente, ma anche a tutte le altre, le quali, insorgendo in un dato processo, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio, apparterebbero alla

(1) È questa la tesi di Fuscano, *La pregiudizialità*, cit., pag. 90; per qualche riferimento v. di recente, LUTTMAN, che ricalca la sospensione necessaria del processo civile al nesso di pregiudizialità che lega due processi, per senza escludere, neppure implicitamente, che il nesso di pregiudizialità possa sussistere nell'ambito di un solo giudizio (Sulla sospensione propria, cit., cit. in Riv. dir. proc., 1958, 113).

competenza di un giudice diverso da quello della causa principale, ma sempre appartenente alla medesima giurisdizione.

Ciò nonostante, tale tesi porta ancora a delineare il fenomeno della pregiudizialità con limiti assai più ristretti di quelli che si sono attribuiti ad esso nel corso del presente lavoro; infatti, rispetto alla impostazione qui accolta, dovrebbero escludersi dal fenomeno della pregiudizialità così inteso, non solo tutte le questioni pregiudiziali in senso meramente logico, ma anche un intero gruppo delle questioni pregiudiziali anche in senso giuridico: quelle questioni cioè, le quali, se considerate come autonomo oggetto del giudizio, apparterebbero, comunque, alla competenza dello stesso giudice davanti al quale pende la causa principale; e l'importanza di questa esclusione appare chiaramente, ove si consideri che l'ipotesi esclusa è prevista, sia pure implicitamente, dalla stessa norma fondamentale in materia di pregiudizialità, e cioè il più volte citato art. 34 cod. proc. civ.

Individuata nel modo che precede la diversità di conseguenze della impostazione qui accolta, rispetto a quella del Fuscano, non è difficile esporre alcune ragioni di preferenza della prima, le quali si traducono in altrettanti rilievi critici di vario ordine, nei confronti della seconda.

Anzitutto, una prima considerazione al riguardo, è quella, già adombrata, della non aderenza al sistema della legge, della categoria di questioni pregiudiziali che andrebbe delineata, secondo la tesi qui criticata.

Inoltre, risolvendo la pregiudizialità in un fenomeno di interferenza tra competenze, non vi è dubbio che dei due profili, sotto i quali tale fenomeno acquista rilevanza, quello della determinazione della competenza assumerebbe il ruolo di primo piano, lasciando relativamente in ombra il profilo della efficacia della decisione della questione pregiudiziale; si può dubitare seriamente, però, della esattezza di questa impostazione, e della sua corrispondenza alla realtà del fenomeno in esame, così come

questa risulta dalla disciplina legislativa; e i motivi di ciò sono molteplici.

Si può osservare, per esempio, che alcune volte il principio per cui le questioni pregiudiziali che sorgono in un giudizio, non acquistano rilevanza per la determinazione della competenza, ammette forse eccezioni, come si vedrà in seguito, mentre, al contrario, non ammette assolutamente eccezioni l'altro principio, per cui la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato.

Ma l'argomento di maggior peso a sostegno di quanto qui si sostiene, è che nella grande maggioranza dei casi, in cui la legge prevede che una determinata questione pregiudiziale, venga trasformata in causa, tale trasformazione trova il suo fondamento non in esigenze attinenti alla competenza del giudice, ma in quella di assicurare alla decisione relativa l'efficacia di cosa giudicata⁽¹²⁾; e, nell'ipotesi in cui tale trasformazione avviene su domanda di parte, pare da escludere, almeno di regola, che questa venga provocata dall'interesse che una determinata questione sia decisa da un giudice piuttosto che da un altro, mentre, al contrario, è da ricollegarsi con l'interesse ad avere su tale questione una decisione con forza di giudicato, da rimanere incontestabile tra le stesse parti, anche in successivi giudizi. È ovvio, poi, che se la questione deve essere decisa con efficacia di giudicato, essa deve essere deferita alla cognizione del giudice competente.

In definitiva, appare più conforme al sistema della legge, attribuire la preminenza al profilo della efficacia della decisione della questione pregiudiziale, piuttosto che a quello che attiene alla competenza del giudice; ciò sembra già sufficiente ad escludere che il fenomeno della pregiudizialità possa essere risolto in

(12) Cfr., infatti, la dizione dell'art. 34 cod. proc. civ.: « Il giudice, se per legge o per esplicita domanda delle parti, è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale... ».

una interferenza di competenze, trascurando, invece, che esso è immanente, di per sé, in ogni singolo processo, e può essere considerato nel solo ambito di questo.

Ma vi è di più. Se si valuta la pregiudizialità, sotto il solo profilo della interferenza di competenze, il solo problema che la teoria della pregiudizialità può risolvere è quello di stabilire, nell'ipotesi in cui in un processo sorge una questione, che, considerata come autonomo oggetto del giudizio, appartenderebbe alla competenza di un giudice diverso di quello della causa principale, quando quest'ultimo possa anche risolvere *incidenter tantum* la questione stessa, e quando, invece, debba rimetterla all'altro giudice. In tal modo, non si ricollegerebbe con la teoria della pregiudizialità anche l'altro problema, il quale, si è visto, ha importanza preminente rispetto al primo: quello, cioè, di stabilire, nell'ipotesi in cui in un processo sorge una questione pregiudiziale, qualunque essa sia, e magari appartenente alla competenza del giudice della questione principale, quando la relativa decisione passa in giudicato, e quando no.

Ad ogni modo, ambedue questi problemi, e cioè anche il primo, non meno del secondo, possono essere avviati a soluzione solo sulla base della nozione di oggetto del giudizio, così come questa risulta dalle sue più recenti formulazioni; con ciò non si vuol negare che le soluzioni date alla problematica della pregiudizialità fin dal MANESTRINA, basate in prevalenza, come si è visto, sulla distinzione, del resto corrispondente all'oggetto del giudizio, tra *judicium* e *cognitio*, fossero sostanzialmente esatte; solo, la loro giustificazione, come anche la precisazione dei limiti del fenomeno della pregiudizialità, non potevano avere quella nitidezza che avrebbero avuto, se i loro autori avessero potuto disporre di quello strumento dogmatico moderno che si è detto; in definitiva, la possibilità che attualmente si ha, di delimitare esattamente l'ambito della pregiudizialità, costituisce il frutto di quella elaborazione della nozione di oggetto del giudizio, dovuta alla recente dottrina, in particolare a quella te-

desca, anche se non si può accogliere, come si è visto, il carattere strettamente formale che quest'ultima attribuisce a tale nozione.

D'altra parte, se si ricollega la pregiudizialità all'iter logico del giudice, e, nell'ambito di questo, la si contrappone all'accertamento che verte sull'oggetto del giudizio, non vi è dubbio che risulta confermata l'impostazione del MENESTRINA, la quale è stata accolta fin dall'inizio del presente lavoro: quella concezione, cioè, per cui la pregiudizialità va delineata come un fenomeno che è anzitutto interno ad ogni singolo processo, e anzi, immanente in questo, e che solo in talune ipotesi si può riflettere sulla interferenza di competenze, o, addirittura, di giurisdizioni di organi giurisdizionali diversi.

Ma, ad ogni modo, non si deve credere che in queste ipotesi il fenomeno della pregiudizialità si presenti con caratteri diversi da quelli che si sono delineati: al contrario, la disciplina fondamentale di tali ipotesi, quella, cioè, per cui il giudice della questione principale può conoscere delle questioni pregiudiziali le quali, come autonomo oggetto del giudizio, apparterrrebbero alla competenza di altro giudice; e per cui la decisione di tali questioni non passa in giudicato, è comprensibile proprio sulla base di quel nesso che lega le questioni sottilette all'oggetto del giudizio del singolo processo; in altre parole, la disciplina di tali questioni trova il suo fondamento non in relazione alla interferenza di competenza, sotto il quale profilo esse possono essere valutate, ma in un collegamento che si svolge unicamente nel singolo processo; e se, come è evidente, è tale collegamento che viene chiamato nesso di pregiudizialità, risulta chiaro anche per questa strada, che il fenomeno in parola si svolge, anzitutto, internamente al singolo processo.

Sulla base di tali considerazioni, si può notare ulteriormente come, pur non negando l'opportunità della distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso giuridico, talvolta si sia eccessivamente sopravvalutata la sua rilevanza:

za: infatti, il fondamento della disciplina della pregiudizialità, è pur sempre il nesso di pregiudizialità in senso logico, e ciò vale anche per le questioni pregiudiziali in senso giuridico; ed è questa la ragione per cui appare importantissimo il rilievo che, peraltro, si è più volte accennato, secondo il quale se non ogni questione pregiudiziale in senso logico è tale anche in senso giuridico, ogni questione pregiudiziale in senso giuridico è tale, sempre, anche in senso logico (*).

Ci si potrebbe rimproverare che, accogliendo l'impostazione che si è delineata, in definitiva abbiamo eliminato gli aspetti particolari della teoria della pregiudiziale, risolvendola, in buona sostanza, sotto un profilo, in quella dell'oggetto del giudizio, e sotto un altro profilo, in quella dei limiti obiettivi della cosa giudicata; e, in realtà, una considerazione di questo genere troverebbe un argomento di non poco peso, a suo sostegno, nella circostanza indiscutibile, che quanto abbiamo fin qui scritto, dedicandolo alla teoria della pregiudizialità, potrebbe essere intitolato, con pari legittimità, alla teoria dell'oggetto del giudizio, o a quella dei limiti obiettivi del giudicato.

Tale considerazione, pur nella sua indubbia esattezza, non deve ingannare, però, per la sua semplicità: infatti, la fungibilità dei titoli del presente lavoro ha profonde radici; più precisamente, essa si fonda sulla unitarietà del fenomeno processuale, considerato nel suo svolgersi, e sulla pluralità di profili, sotto i quali tale fenomeno può essere valutato; da ciò consegue, che ove la valutazione, sotto uno qualsiasi di tali profili, non sia limitata in superficie, ma si spinga in profondità, essa non può non cogliere una materia, che può essere considerata anche sotto gli altri profili; in definitiva, il problema dei limiti della pregiudizialità, il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio, il problema dei limiti oggettivi del giudicato, sono, in realtà, altrettante facce di un unico problema; perciò non se ne può risol-

(*) Su tale affermazione, cfr. anche i rilievi esposti supra, pag. 28 e 290.

vere uso, senza, contemporaneamente, risolvere gli altri due, almeno implicitamente; e, ad ogni modo, il passaggio dall'esame approfondito dell'uno, a quello dell'altro, si risolve unicamente in un mero cambiamento di prospettiva. Da ciò consegue che la proposizione prima accennata può essere completamente capovolta, notando che gli stessi problemi del contenuto dell'oggetto del giudizio, e dei limiti oggettivi del giudicato, non hanno una propria specificità, ma, al contrario, si risolvono entrambi in quello dei limiti della pregiudizialità.

Le considerazioni che precedono vogliono costituire la giustificazione dell'impostazione che si è scelta nell'analisi del tema che è oggetto del presente lavoro; impostazione che non si è voluta fondare aprioristicamente, ma solo esporla a posteriori, alla fine di quella parte dell'indagine, nella quale essa, ad uno stesso tempo, è stata applicata, e ha trovato elementi che hanno reso opportuna la sua applicazione; in tal modo, quella che poteva essere una apodittica enunciazione, si traduce in un'affermazione, della cui validità si hanno già tutti i dati per poter valutare.

Ad ogni modo, al termine dell'analisi dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, sembra di poter dire che, avendo determinato quel che in questo processo si deve ritenere pregiudiziale, in tale precisazione è anche implicita la disciplina del fenomeno della pregiudizialità, e ciò anche quando si tratti di questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero alla competenza di un giudice diverso da quello davanti al quale pende la causa pregiudicata.

Ormai dovrebbe risultare evidente, infatti, che il giudice amministrativo può sempre, come principio generale, conoscere anche di tali questioni pregiudiziali che insorgono nel processo amministrativo, sia pure senza che la relativa decisione acquisti forza di giudicato.

Naturalmente, si tratta di un principio il quale ammette

eccezioni; e le eccezioni possono essere raggruppate in due categorie; la più importante di queste comprende i casi in cui la legge dispone che la soluzione di una determinata questione sia sempre data con una pronuncia che possa acquistare forza di giudicato; da ciò consegue, che tale questione si debba trasformare sempre in oggetto del giudizio e che, perciò, di essa debba conoscere il giudice competente in questa ipotesi. Nell'altro gruppo, invece, vanno compresi i casi, assai più rari, in cui la legge dispone che di una data questione, il giudice della causa pregiudicata non possa conoscere neppure incidentalmente, e che essa sia riservata, comunque, alla cognizione di un giudice diverso: normalmente, il giudice che sarebbe competente, ove tale questione costituisse un autonomo oggetto del giudizio. In questa ipotesi, si ha un fenomeno, per così dire, inverso al precedente: infatti, la questione che in tal modo è devoluta alla competenza del giudice indicato, non può essere decisa da questi solo *incidenter tantum*, come una questione pregiudiziale, in quanto tale giudice non è investito della decisione della causa pregiudicata; perciò la questione pregiudiziale deve essere decisa *principi-ter*, come un autonomo oggetto del giudizio, e da ciò consegue che la relativa decisione acquista forza di giudicato.

Ad ogni modo, in base al principio generale prima indicato, e alle sue eccezioni, si può trarre la conseguenza che solo in presenza di una di queste, il giudice amministrativo debba sospendere il processo, in attesa che la questione pregiudiziale, trasformata, per l'una o per l'altra ragione, in causa pregiudiziale, sia stata decisa dal giudice per essa competente; al di fuori di tali eccezioni, si deve escludere che si abbia una sospensione necessaria del processo amministrativo⁽¹⁹⁾; e ciò, sembra, anche se la questione che è sorta in via pregiudiziale in questo pro-

(19) Nel processo civile, l'ipotesi in cui un giudice deve essere necessariamente sospeso, in attesa della decisione di una questione pregiudiziale, la quale costituisce l'oggetto del giudizio in altra processo, è regolata dall'art. 295 cod. proc. civ. Come è noto, in dottrina si disputa sull'interpretazione di questa norma; tra le tesi sostenute al riguardo vi è quella luttuosa, per cui la sospensione del

esso, già si trova, come oggetto del giudizio, in altro processo pendente (17).

Il processo pregiudiziale deve essere disposto, tutte le volte in cui sia pendente il processo amministrativo (in questo senso, v. da ultimo: Luzzatti, *Sulla sospensione propria, ecc., cit.*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, pag. 137; e quella, non più restrittiva, secondo cui tale sospensione si renderebbe necessaria solo nei casi in cui essa sia disposta da una specifica norma di legge (PATA, *Diritto processuale, cit.*, pag. 103). Nel senso, in relazione al processo amministrativo, si accoglie questa ultima orientazione, ma non crediamo che il problema in tale processo possa essere impostato in riferimento alla norma del processo civile, giacché questa sembra applicabile solo al processo civile ordinario, e, perciò, il problema che ci interessa deve essere risolto in via autonoma, alla luce dei principi particolari del processo amministrativo.

(17) In base al rilievo che chiude la nota precedente, non può stupirsi che la questione sia risolta in modo diverso, per quel che riguarda, rispettivamente, il processo civile, e quello amministrativo; da un lato, infatti, in sede di esposto dell'art. 29 *cod. proc. civ.*, è stata sostenuta la tesi indicata; d'altro canto, il Consiglio di Stato ha affermato la propria competenza a risolvere una questione pregiudiziale concernente diritti soggettivi perfetti, anche in pendente, davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria, di un processo, avente per proprio oggetto del giudizio tale questione (VI sez., 11 novembre 1918, n. 113, in *Fare amm.*, 1920, I, 3, 133; v. anche, *id.*, la nota motivazione).

No, per quel che riguarda il processo amministrativo, si può arrivare a conclusione diversa, sulla base del principio che si ricollega al fenomeno della indipendenza: in realtà, nella ipotesi in esame non si è alcuna indipendenza, giacché questa postula la identità degli oggetti dei due processi pendenti; ora, nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio è costituito dalla legittimità dell'atto amministrativo, la quale, viceversa, non potrà mai costituire oggetto del giudizio in un processo civile; e, d'altra parte, nel processo civile l'oggetto del giudizio è costituito da una questione, la quale nel processo amministrativo ha carattere pregiudiziale (v., in questo senso: Cass., sez. un., 2 marzo 1933, n. 516, in *Fare amm.*, 1933, II, 1, 31, con osservazioni redazionali critiche, che si richiamano al principio della unità della giurisdizione, per sostenere l'insusciabilità di due pronunce di giudizi diversi sulla stessa questione; il principio, di per sé, è evidentemente costitutivo, ma il richiamo ad esso nella fattispecie in esame, appare inconferente; i due avvenimenti giudiziari in esame trovano hanno, come si è visto, oggetti diversi; e, d'altra parte, la stessa questione è decisa due volte, ma una sola volta principale, e l'altra sola incidentalmente; da ciò deriva che, anche se tali decisioni sono divergenti, questa non produce quel contrasto di giudizi in senso tecnico che la disciplina della indipendenza ha inteso evitare, ma solo quella contraddittorietà tra pronunce di due decisioni giurisdizionali, la quale è l'inevitabile conseguenza della limitazione del giudizio al solo dispositivo, e di cui si è già detto nella prima parte del presente lavoro (v., *supra*, pag. 136 *ss.*).

D'altra parte, proprio in base al principio della unità della giurisdizione, la decisione del giudice davanti a cui pende la causa pregiudiziale, che interverrà

Si può porre il problema, però, se nei casi in cui il giudice amministrativo possa senz'altro risolvere la questione pregiudiziale, egli abbia comunque il potere discrezionale di sospendere il processo amministrativo, qualora ritenga ciò opportuno, per poter applicare a questo processo la decisione che pronuncerà principalmente il giudice competente, su tale questione, trasformata in causa pregiudiziale.

Anzitutto, si può notare come il problema possa sorgere solo in quelle ipotesi, nelle quali il processo in cui la questione, pregiudiziale nel giudizio amministrativo, è principale in questa, sia pendente; evidentemente, è da escludere, infatti, che il giudice amministrativo possa obbligare le parti ad iniziare un giudizio, al solo fine di poter applicare la relativa decisione nel processo amministrativo, al di fuori dei casi in cui questo è imposto dalla legge.

Così limitati i termini del problema, si deve notare, anzitutto, come ad esso la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia dato soluzione positiva (18); ciò nonostante, crediamo preferibile la soluzione negativa. Infatti, l'opportunità di sospendere il processo amministrativo deriva dalla circostanza che la decisione della questione pregiudiziale, considerata come autonoma oggetto del giudizio, acquista una certezza ed una incontestabilità che altrimenti non potrebbe esserle attribuita; e, forse, l'orientamento giurisprudenziale vuole corrispondere an-

zitutto prima della decisione della causa pregiudiziale, la sede anche nei confronti di quest'ultima, e il giudice di tale causa non potrebbe decidere in modo difforme da essa, la questione che deve risolvere solo incidentalmente; non sembra, però, che tale vincolo per il giudice della causa pregiudiziale, sorta anteriormente al passaggio in giudizio della decisione della causa pregiudiziale, almeno per il processo amministrativo (nel senso appena, ma in riferimento al processo civile, v. da ultimo: Luzzatti, *Sulla sospensione propria, ecc., cit.*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, pag. 136).

(18) *Cfr.*, in questo senso: IV sez., 15 dicembre 1934, in *Giur. it.*, 1935, III, 178, con nota, adotta sul punto, di F. C.; VI sez., 11 novembre 1918, n. 113, in *Fare amm.*, 1920, I, 3, 133; per un richiamo alla opportunità della sospensione del processo amministrativo, in alcune ipotesi di particolare delicatezza, v. anche: VI sez., 21 marzo 1911, n. 118, in *Fare it.*, 1922, III, 15.

che all'esigenza che a risolvere questioni pregiudiziali, le quali presentino particolari caratteri di delicatezza e di difficoltà, sia sempre il giudice che sarebbe competente, ove esse fossero considerate come autonomi oggetti del giudizio, per la maggiore esperienza specifica di questi; ma sia l'uno che l'altro di questi due motivi di opportunità, per quanto apprezzabili, ci sembrano di peso inferiore dell'esigenza, cui già precedentemente si è fatto cenno, di una sollecita definizione del processo amministrativo; e un argomento a favore di tale conclusione può essere trovato nella circostanza per cui la legge ha già compiuto una valutazione di queste esigenze contrapposte, quando ha stabilito in quali casi il giudice amministrativo non possa risolvere *incidenter tantum* la questione pregiudiziale; e, come si è detto, non pare lecito all'interprete, in mancanza di una precisa disposizione che lo autorizzi⁽¹⁷⁾, moltiplicare il numero dei casi in cui il processo amministrativo sia sospeso, in attesa della soluzione in sede competente della questione pregiudiziale. E, naturalmente, la considerazione che precede vale *a fortiori*,

(17) Tale norma esiste, invece, come è noto, per il processo penale: infatti il cod. proc. pen., dopo aver disposto un caso di sospensione necessaria del processo penale, per la soluzione di una questione pregiudiziale civile (art. 29), autorizza il giudice penale a sospendere il processo, in cui sia sorta una questione pregiudiziale civile o amministrativa, fino alla definizione del giudice davanti al giudice competente (art. 29); d'altra parte, tale norma sottopone questa autorizzazione a limiti assai rigorosi, anche temporali.

L'importanza dell'argomento che si vuole trarre, dalla mancanza di ogni disposizione legislativa del genere, per quel che riguarda il processo amministrativo, per sostenere che in questo processo il giudice non ha il potere di sospendere discretionalmente il giudizio, quando lo ritenga opportuno, nell'ipotesi in esame, non è solo limitata a quella della considerazione che non si può rinvenire una norma che attribuisca al giudice amministrativo tale potere: si deve anche aggiungere il rilievo, concernente la gravità delle conseguenze cui si andrebbe incontro, se si arrogasse l'apposta tesi; infatti, se si attribuisce al giudice amministrativo un potere del genere, ad esso, nel silenzio della legge, non potrebbero essere attribuiti quei limiti così rigorosi, e specialmente quello temporale, che la legge processuale penale prevede; perciò, almeno a priori, non si può escludere la possibilità che il processo amministrativo debba rimanere sospeso per il lunghissimo tempo che, talvolta, occorre per la definizione di qualche processo civile, nei suoi tre gradi di giurisdizione.

quando la questione pregiudiziale costituisca oggetto di una procedura contenziosa, non avente però, carattere giurisdizionale⁽¹⁸⁾.

Fin qui, i rilievi che si possono svolgere da un punto di vista generale, sulla disciplina delle questioni pregiudiziali in senso tecnico, che possono sorgere nel corso del processo amministrativo. Bisognerebbe, adesso, esaminare, nei dettagli, la disciplina delle singole ipotesi di tali questioni pregiudiziali.

È necessaria, anzitutto, una loro classificazione sia per sommaria; e il criterio per questa può essere offerto dal tipo di giudice che sarebbe competente a conoscere di esse, se fossero considerate come autonomi oggetti del giudizio. Sotto questo profilo, è possibile distinguere le questioni pregiudiziali costituzionali, civili, penali, appartenenti a giudici speciali, etc.; e, infine, categoria assai importante per quanto di solito non considerata, le pregiudiziali amministrative: si ha quest'ipotesi, tutte le volte in cui il giudice amministrativo deve valutare la legittimità di un atto amministrativo, al solo fine di decidere della legittimità dell'atto impugnato; quando tali ipotesi possano verificarsi, lo si vedrà successivamente.

Già dalla semplice enumerazione di questi diversi gruppi di questioni pregiudiziali, appare chiara l'inopportunità di una trattazione di ogni singolo caso, con i peculiari dettagli della relativa disciplina.

(18) La giurisprudenza sul punto è, viceversa, oscillante: da un lato, infatti, è stata decisa espressamente che la presenza di un circolo peristico in una questione pregiudiziale e quella che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non sospende quest'ultimo (IV sez., 25 settembre 1958, n. 308, in Foro amm., 1958, I, 1, 54).

Per contro, appunto è stata la decisione nella seguente fattispecie: il direttore, direttore in pianta stabile di un Istituto, impugna con ricorso straordinario il provvedimento di licenziamento; successivamente, impugna davanti al Consiglio di Stato, il bando di concorso per il posto vacante vacante; il Consiglio di Stato ha sospeso il processo, in attesa della decisione del ricorso straordinario, appellando l'art. 29 cod. proc. civ., il quale, peraltro, come si è accennato, non pare possa acquistare rilevanza, viceversa, per il processo amministrativo (V sez., 20 aprile 1953, n. 111, Riv. giur. Cost. Stato, 1953, 304).

Alcuni di tali gruppi, infatti, sono regolati dalla legge, in modo del tutto indipendente dal processo in cui le relative questioni pregiudiziali possono insorgere: così, per esempio, la pregiudiziale costituzionale, e quella penale; per tale ragione, la disciplina di queste ipotesi, deve costituire l'oggetto di specifiche trattazioni, le quali non hanno particolari motivi di connessione con la teoria della pregiudizialità nel processo amministrativo, piuttosto che con quella di altri processi.

In questa sede appare opportuno, perciò, concentrare l'attenzione su quelle ipotesi di questioni pregiudiziali, che possono sorgere nel processo amministrativo, la cui disciplina è particolarmente legata alla disciplina di questo.

La prima di tali ipotesi, è quella della pregiudiziale civile, e ciò perchè essa è regolata, per quel che riguarda il processo amministrativo, da una norma specifica, la quale presenta aspetti particolari: si tratta del più volte citato art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, il quale, oltretutto, costituisce la sola disposizione espressa che sia dato rinvenire nel nostro ordinamento positivo, per quel che riguarda la materia che è oggetto del presente lavoro.

La seconda ipotesi, è quella della pregiudiziale amministrativa, nel processo amministrativo; le ragioni per cui essa debba essere particolarmente considerata, in sede di trattazione del fenomeno della pregiudizialità così come si manifesta in questo processo, appaiono così evidenti, da rendere superfluo lo svolgimento di ogni rilievo al riguardo.

La parte finale del presente lavoro, è dedicata, appunto, all'esame di tali due ipotesi.

30. Iniziando l'analisi della prima di queste due ipotesi, e cioè quella che riguarda le questioni pregiudiziali civili dal momento che essa è esplicitamente regolata da una norma di legge, è evidente che l'indagine deve assumere uno spiccato carattere di esegesi della norma stessa.

L'introduzione dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato nella disciplina del processo amministrativo è relativamente recente: tale disposizione, infatti, fa parte ⁽¹⁴⁾ del testo di legge che, fino ad ora, costituisce l'ultima riforma di una certa rilevanza della giurisdizione amministrativa ⁽¹⁵⁾.

L'opportunità di una norma espressa che regolasse la materia era molto sentita, perchè si discuteva molto, fino all'intervento del legislatore, se il giudice amministrativo potesse risolvere in via incidentale, questioni pregiudiziali appartenenti, come autonomi oggetti del giudizio, alla competenza del giudice civile; e le incertezze dottrinali si riflettevano pienamente su oscillazioni giurisprudenziali, talvolta di notevole ampiezza ⁽¹⁶⁾.

Da notare, che la relazione al Re che ha accompagnato il testo legislativo del 1923 è quanto mai succinta ⁽¹⁷⁾, e, in particolare, per quel che riguarda la disposizione in esame, si limita a svolgere qualche vaga considerazione sui motivi che hanno portato ad enunciare espressamente la competenza del Consiglio di Stato a risolvere le questioni pregiudiziali civili; nulla è detto, però, per quel che concerne le eccezioni a questo principio generale, quelle eccezioni, cioè, la cui portata in qualche caso non è chiara; in tal modo, l'interprete è privo di uno strumento di primaria importanza, per individuare la ratio di tali eccezioni, e precisarne, per questa via, i loro limiti.

Ad ogni modo, un primo rilievo, di ordine generale, che si può rivolgere al tenore della disposizione in esame, verte sul profilo del fenomeno della pregiudizialità, che è da essa considerato. Tale profilo, come risulta evidente, è quello della competenza del giudice a risolvere il gruppo di questioni pregiudiziali.

(14) Art. 2.

(15) R.D. 30 dicembre 1923, n. 2346.

(16) Cfr. la ricca giurisprudenza riportata da Cassese, *Della competenza e decidere le questioni pregiudiziali e incidentali di diritto soggettivo, serie diversi l'attività giurisdizionale amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 334 ss.

(17) Vedila riportata da Cassese, *Della competenza, ecc., cit.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 546 ss.

AR
2

ziali, che la norma disciplina; l'aspetto del fenomeno, che attiene, viceversa, all'efficacia della relativa decisione, è accennato in modo puramente secondario e consequenziale.

Le ragioni di carattere pratico, che si sono prima indicate, le quali hanno spinto il legislatore ad emanare la disposizione che si esamina, spiegano assai chiaramente come mai il fenomeno della pregiudizialità sia stato considerato sotto il profilo della determinazione del giudice competente a risolvere alcune questioni pregiudiziali; ciò non di meno, non possiamo non richiamare le considerazioni sopra svolte, sulla preminenza della rilevanza del profilo dell'efficacia della decisione relativa, per osservare come l'angolo visuale scelto dal legislatore non sia il più adatto a cogliere l'essenza del fenomeno che qui interessa.

Disciplinando il fenomeno della pregiudizialità dal punto di vista indicato, la norma precisa, anzitutto, il suo campo generico di applicazione; tale precisazione, però, avviene in forma non tecnica, e perciò, non troppo felice. La disposizione, infatti, si riferisce alle questioni pregiudiziali « ... relative a diritti... »; se questa espressione fosse presa alla lettera, l'art. 28 dovrebbe essere applicato alle sole ipotesi in cui si fa questione di una situazione di diritto soggettivo.

Per contro, dal tenore dell'art. 28, dalla sua ratio, dalla sua *sedes materiae*, non pare assolutamente dubbio che la norma in esame ha inteso disciplinare tutte le questioni pregiudiziali, le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, apparterebbero alla competenza del giudice ordinario civile. È senz'altro assai difficile determinare con esattezza la varietà di questioni le quali possono costituire l'oggetto del giudizio nel processo civile; ma anche senza tentare neppure l'impostazione di un simile problema, di ben ardua soluzione, si può facilmente affermare che non tutte le questioni del genere vertono su diritti soggettivi; e, del resto, le ipotesi di questioni, la cui conoscenza è riservata all'autorità giudiziaria ordinaria, che sono espressamente previste dalla disposizione che si esamina, sembrano non

avere un collegamento, almeno diretto, con tali diritti; la questione di falsità di un documento, le questioni concernenti la capacità e lo stato delle persone.

Avendo precisato che la portata dell'art. 28 è più ampia di quella che sarebbe rilevabile dalla sua dizione letterale, in seguito si può fare senz'altro riferimento, però, per ragioni di sinteticità, all'espressione in esso contenuta, di cui ormai si conosce il valore.

Ad ogni modo, la ripartizione di competenze tra il giudice civile e quello amministrativo, per la decisione delle questioni indicate, che seggessero in via pregiudiziale nel processo amministrativo, è compiuta attraverso l'enunciazione del noto principio generale, dell'attribuzione di tale competenza al giudice amministrativo, e l'indicazione di alcune eccezioni a questo principio.

Il primo problema che ci si può porre, in relazione all'attribuzione in parola, riguarda l'effettiva portata normativa della disposizione che si esamina. Infatti, non vi è dubbio che, sulla base della nozione tecnica di oggetto del giudizio, e delle sue implicazioni, l'interprete deve arrivare alla stessa attribuzione di competenza al giudice amministrativo, anche se, per avventura, l'art. 28 non fosse stato mai scritto; e le incertezze le quali, come si è visto, sussistevano al riguardo, potevano essere spiegate solo con l'insufficiente elaborazione della nozione di oggetto del giudizio.

Sotto questo profilo, la portata normativa della disposizione in esame sembrerebbe essere nulla; e, inverso, l'unica possibilità di valutarla in modo diverso, la si può avere solo se si considera l'art. 28 come l'elemento testuale, sul quale si può fondare, anche per il processo amministrativo, la distinzione tra oggetto dell'accertamento giudiziale in senso tecnico, e oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali; in tale ipotesi, la rilevanza di questo articolo non sarebbe limitata alla disciplina di un aspetto secondario del processo amministrativo, ma, al con-

trario, esso acquisterebbe la funzione di una delle norme-chiave dell'intero sistema.

Ad ogni modo, sembrerebbe che l'attribuzione al Consiglio di Stato della competenza a risolvere le questioni pregiudiziali di carattere civile, nel suo chiarissimo fondamento dogmatico, fosse una disposizione la quale, una volta individuata nei suoi limiti, non potesse dar luogo a difficoltà di applicazione; invece, talvolta può riuscire non facile, determinare l'applicabilità ad un singolo caso concreto, dell'art. 28; e ciò, perchè non sempre è chiarissimo, quando una questione che abbia per oggetto diritti soggettivi perfetti, si presenti legata col nesso di pregiudizialità, alla soluzione della questione principale, almeno così come ambedue sono articolate nella domanda di parte.

Prima ancora di esaminare in che modo l'individuazione del carattere pregiudiziale della questione sul diritto soggettivo, possa dar luogo a difficoltà, converrà precisare più in dettaglio l'ipotesi cui l'art. 28 è applicabile.

Perchè la questione che verte sul diritto soggettivo possa considerarsi pregiudiziale nel processo amministrativo, è necessario, ovviamente, che la sua soluzione condizioni l'accertamento che concerne l'oggetto del giudizio; ossia, che la sua soluzione condizioni la soluzione della questione della legittimità dell'atto impugnato⁽¹⁷⁾.

(17) Cfr. i seguenti casi, nei quali la questione vertente su un diritto soggettivo, prospettata dal ricorrente come pregiudiziale rispetto a quella della legittimità dell'atto impugnato, è stata ritenuta, invece, dal Consiglio di Stato, come irrilevante: la sede di impugnativa di un provvedimento per la tutela di strade e terreni demaniali, emanato ex art. 238 della legge sui lavori pubblici, il ricorrente aveva sostenuto la illegittimità dell'atto, sostenendo che esso era carente di presupposto, giacché tali strade e terreni non avevano carattere demaniale, ma, al contrario, erano di sua proprietà; però, il ricorrente stesso chiedeva che il giudice amministrativo decidesse la questione, definita pregiudiziale, su tale diritto di proprietà, applicando l'art. 28; il Consiglio di Stato, invece, ha negato che la illegittimità dell'atto potesse derivare dalla proprietà privata delle strade e dei terreni, nei cui confronti era stato emanato l'atto impugnato, giacché la legittimità dei provvedimenti di tale tipo è condizionata, oltre che alla turbativa dello stato di fatto, al solo uso pubblico delle strade e

In quali casi si possa individuare un nesso del genere, può essere determinato facendo riferimento al fenomeno sostanziale dell'illegittimità dell'atto amministrativo. Poiché, per definizione, è illegittimo l'atto, il quale viola una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, e non di diritto soggettivo, è evidente che, nell'ipotesi che interessa, la questione concernente il diritto soggettivo non può mai acquistare una rilevanza immediata, nel senso che essa sia sorta al fine di stabilire se l'atto ha violato il diritto, ma, al contrario, deve svolgere un ruolo di diversa portata.

Se si vuole rintracciare, sul piano sostanziale, un collegamento tra l'illegittimità dell'atto amministrativo, e la questione vertente su un diritto soggettivo, nell'ampio significato con cui questa espressione è intesa dall'art. 28, gioverà richiamare le considerazioni che si sono precedentemente svolte, sugli schemi attraverso i quali procede l'illegittimità stessa⁽¹⁸⁾; sulla base di quanto allora abbiamo avuto occasione di osservare, è facile notare che tale collegamento può essere delineato in un unico modo: ossia, nel senso che l'esercizio del potere della pubblica Amministrazione, talvolta, può essere viscolato, positivamente, o anche negativamente, alla sussistenza di una determinata situazione giuridica di carattere sostanziale, la quale possa costituire oggetto del giudizio, in un processo civile; ecco, dunque, che la questione sulla sussistenza effettiva di tale situazione giuridica, acquista carattere pregiudiziale rispetto alla questione della

dei terreni stessi; la questione sul diritto di proprietà di questi era, perciò, del tutto irrilevante (V. sent., 29 dicembre 1938, in Foro it., 1939, III, 1, con rilievi critici di U. F.; V. sent., 18 aprile 1941, id., 1941, III, 177).

Analogamente, è stata affermata la irrilevanza della questione vertente sul diritto di proprietà su una strada vicinale, per la valutazione della legittimità di una ordinanza poliziesca di riduzione in pristinum di questa, giacché il solo pre- di una ordinanza poliziesca di riduzione in pristinum di questa, giacché il solo pre- di una ordinanza poliziesca di riduzione in pristinum di questa, giacché il solo pre- di una ordinanza poliziesca di riduzione in pristinum di questa, giacché il solo pre-

(18) Cfr., sopra, pag. 398 ss.

legittimità dell'atto impugnato: è questa l'ipotesi tipica, alla quale si deve applicare il principio di cui all'art. 28 (¹²).

(¹²) Cfr. le seguenti ipotesi, per la soluzione delle quali si è fatto riferimento all'art. 28:

a) in sede di impugnazione di un provvedimento prefettizio, col quale veniva negata l'autorizzazione all'esercizio di una farmacia, motivata con l'irregolarità del contratto civile di trasferimento della farmacia stessa, il ricorrente ha dedotto la irrilevanza di questo presupposto, e il travisamento dei fatti, in quanto tale contratto sarebbe stato valido; il Consiglio di Stato, in base all'art. 28, è stato ritenuto competente a risolvere la questione pregiudiziale relativa alla validità del contratto (Cass., sez. un., 21 aprile 1911, n. 1029, in *Fare ammin.*, 1911, II, 131);

b) in sede di impugnazione di un provvedimento di costituzione di una riserva di caccia, basata sul presupposto della costituzione di un consorzio formato a tal fine, il ricorrente deduceva la invalidità di tale costituzione; il Consiglio di Stato è stato ritenuto competente a decidere sulla questione (Cass., sez. un., 23 luglio 1916, n. 2095, in *Giur. it.*, 1916, I, 1, 428, con nota redazionale adesiva; da notare che, nella fattispecie, il motivo per cui il ricorrente affermava che il consorzio non era stato validamente costituito, era che egli non vi aveva prestato la propria adesione, benché fosse proprietario di un fondo sottoposto successivamente al vincolo di riserva dal provvedimento amministrativo);

c) in sede di impugnazione di un provvedimento di costituzione di un consorzio per strade vicinali, il Consiglio di Stato si è ritenuto competente a risolvere la questione pregiudiziale, relativa alla effettiva natura pubblica di tali strade, natura, che è il presupposto indispensabile per la costituzione di ufficio del consorzio stesso (V. sez., 3 marzo 1912, in *Giur. it.*, 1912, III, 23; cfr. anche: V. sez., 21 luglio 1910, n. 190, *Riv. ammin.*, 1910, 641);

d) in sede di impugnazione di un provvedimento di costituzione di un consorzio per le strade vicinali, il quale presuppone l'adesione dei suoi membri, il Consiglio di Stato si è ritenuto competente a conoscere della questione della validità (secondo le norme civili), di tali adesioni (V. sez., 28 febbraio 1912, n. 129, in *Fare ammin.*, 1912, I, 2, 101).

In queste ipotesi sembra che, alla luce delle considerazioni svolte nel testo, l'art. 28 abbia avuto una stretta applicazione.

È da ricordare, però, un altro caso assai interessante: il ricorrente aveva impugnato in sede giurisdizionale una licenza di sopraccettazione, concessa ad un vicino; questi, aveva eccepito la carenza di interesse del ricorrente, giacché tra le parti era intervenuta una convenzione di carattere privato, in base alla quale il primo era stato autorizzato dal secondo ad effettuare la sopraccettazione in parola; il Consiglio di Stato si è dichiarato competente a conoscere incidentalmente della questione concernente la validità di tale convenzione (IV sez., 6 agosto 1905, n. 417, in *Fare ammin.*, 1906, I, 1, 494); l'irregolarità della fattispecie è da ravvisarsi nella circostanza, per cui la questione di carattere civile, non si poneva come pregiudiziale alla questione di merito, della legittimità dell'atto impugnato, ma, viceversa, costituiva l'antecedente logico per la soluzione di una questione mere-

D'altra parte, come si è accennato, non sempre è facile stabilire se, nella fattispecie concreta considerata, ricorra o meno questa ipotesi; e la possibilità di confusione si ha proprio nel caso in cui l'atto amministrativo non sia illegittimo, ma violi un diritto soggettivo perfetto; ossia, secondo una notissima terminologia, sia illecito.

La confusione può derivare dalle seguenti circostanze: anche nel caso in cui l'atto amministrativo sia illecito, esso si presenta come difforme dalla norma, e anche in questo caso, tale difformità è collegata, in un certo senso, ad una questione avente per oggetto un diritto soggettivo, pur avendo questo collegamento lineamenti ben diversi da quello sopra tratteggiato; ora può darsi che, in pratica, non di rado, il titolare del diritto soggettivo violato dalla pubblica Amministrazione, ricorra in via giurisdizionale amministrativa, affermando che l'atto amministrativo è difforme dalla norma, e, più precisamente, è illegittimo, in quanto viola un proprio interesse legittimo, non meglio identificato; e, d'altra parte, supera l'ostacolo derivante dalla connessione di tale difformità, con la violazione di una situazione giuridica avente il carattere di diritto soggettivo, configurando tale violazione, non già come l'effetto giuridico che egli vuole eliminare, ma solo come la causa di quella difformità dalla norma dell'atto di cui si duole; avendo prospettato però il legame tra violazione del diritto soggettivo varcato, e difformità dalla norma dell'atto, è evidente che la questione vertente sul-

mente procedurale; ciò sembra essere la riprova, che anche nell'ambito degli accertamenti concernenti le questioni meramente procedurali, sia delineabile, sia pure con caratteri del tutto sul generico, un senso di pregiudizialità, come si è accennato precedentemente (cfr., supra, pag. 173, 176).

Per altri casi di applicazione dell'art. 28, in cui, quindi, era possibile distinguere tra la questione pregiudiziale vertente sui diritti soggettivi, e l'oggetto del giudizio, costituito dalla legittimità dell'atto, v. tra le altre: V. sez., 9 aprile 1912, in *Fare ammin.*, 1912, I, 2, 117; tale decisione è stata cassata da Cass., sez. un., 16 aprile 1916, in *Giur. it.*, 1916, I, 1, 366, con nota critica di L. M.; v., anche, V. sez., 11 giugno 1911, n. 214, in *Riv. giur. Cons. Stato*, 1911, I, 512).

l'esistenza, e sulla violazione del diritto soggettivo viene distaccata dall'oggetto del giudizio, e delineata come meramente pregiudiziale; perciò, la via è libera alla richiesta di applicazione dell'art. 28.

È evidente che, sotto questo profilo, la qualificazione della questione vertente su diritti soggettivi, come meramente pregiudiziale, oppure la negazione di tale qualificazione, costituisce un'alternativa, che incide sulla stessa discriminazione di giurisdizioni tra il giudice ordinario e quello amministrativo; ecco, dunque, che al problema della distinzione tra questione pregiudiziale e oggetto del giudizio, si aggiunge e, anzi, si sovrappone quello di tale discriminazione; ed è ben noto quante e quali complicazioni comporti questo allargamento di prospettiva.

Talvolta, la giurisprudenza ha tentato di chiarire il punto, sulla base del generale criterio di discriminazione tra le due giurisdizioni, che è da essa sostenuto; quel criterio, cioè, che trova il suo fondamento sulla distinzione dell'oggetto della contestazione: l'esistenza stessa del potere della pubblica Amministrazione, di cui l'atto costituisce l'esercizio, oppure la sola legittimità di tale esercizio. Applicando tale criterio al problema in esame, è stato affermato che è competente il giudice ordinario, tutte le volte che l'esistenza del diritto soggettivo di cui si tratta, costituisce la condizione di esistenza del potere esercitato dalla pubblica Amministrazione; al contrario, è competente il giudice amministrativo, tutte le volte in cui il diritto è solo condizione di legittimità di questo esercizio.⁽²⁹⁾

Può darsi che l'accennata applicazione sia esatta; e, anzi, sicuramente essa è esatta, almeno in parte, quando configura il diritto soggettivo di cui si fa questione, nell'ipotesi in cui l'articolo 28 è rettamente applicabile, come condizione di legittimità dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione. Ma, ad ogni modo, tale applicazione è esatta, nei limiti

⁽²⁹⁾ In questo senso, esplicitamente, v., soprattutto: IV sez., 18 gennaio 1952, n. 34, in *Foro it.*, 1952, III, 202.

in cui è esatto il criterio generale stesso, di discriminazione tra le giurisdizioni civile e amministrativa, che è comunemente affermato dalla giurisprudenza, malgrado le note perplessità di parte della dottrina. Comunque, l'applicazione di tale criterio all'ipotesi in esame appare di scarsa utilità, in quanto essa non è adattabile alle particolarità del caso, non chiarendo quando, in concreto, ricorrano gli estremi per l'applicabilità dell'art. 28, ossia, quando la questione che verte su un diritto soggettivo, abbia veramente carattere pregiudiziale.

Il problema, perciò, deve essere risolto sulla base della distinzione tra l'ambito della pregiudizialità, e i limiti dell'oggetto del giudizio; e se si è già indicato l'atteggiarsi del diritto soggettivo, nei confronti della legittimità dell'atto amministrativo, quando la questione su quello, è veramente pregiudiziale, rispetto all'accertamento di questa, occorre completare il ragionamento, mostrando che, nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo sia illecito, la questione sull'esistenza, o sulla lesione del diritto soggettivo, non è affatto pregiudiziale, rispetto all'accertamento della conformità dell'atto alla norma.

Infatti, se si configura l'illiceità come il modo di essere dell'atto amministrativo, che viola un diritto soggettivo, essa deriva dalla non conformità di tale atto, alla norma dalla quale scaturisce il diritto stesso. Si possono applicare al caso in esame, allora, i rilievi già svolti a proposito del fenomeno simmetrico, dell'illegittimità dell'atto, notando come violazione del diritto soggettivo, e illiceità dell'atto, non possono essere poste in un rapporto di causa-effetto, comunque orientato; e, del resto, se si affermasse, come talvolta accade, che l'atto è illecito, perchè viola il diritto soggettivo, si potrebbe rispondere che il diritto soggettivo è violato, perchè l'atto è illecito. Violazione del diritto e illiceità dell'atto, possono essere valutate solo come due profili di un effetto, o, se si vuole, come due effetti, di un'unica causa: la non conformità dell'atto, alla norma dalla quale scaturisce il diritto soggettivo.

Per tali ragioni, la questione sulla violazione del diritto soggettivo non può mai essere pregiudiziale; infatti, nell'ipotesi in cui l'atto sia illecito, il titolare del diritto violato deve adire l'autorità giudiziaria ordinaria, ma, nel processo civile, l'oggetto del giudizio è proprio collegato con la violazione del diritto soggettivo.

Ma se il privato qualifica erroneamente la situazione giuridica violata dall'atto amministrativo come un interesse legittimo, e impugna l'atto davanti alla giurisdizione amministrativa, affermando che esso è illegittimo, è del tutto artificioso configurare la questione che verte sul diritto soggettivo, come meramente pregiudiziale a quella che costituisce l'oggetto del giudizio; infatti, non è che l'illiceità dell'atto, configurata dal ricorrente come illegittimità, sia causata dalla violazione del diritto soggettivo, nè, d'altra parte, l'innegabile disformità dalla norma dell'atto stesso deriva da questa violazione, perchè, al contrario, è questa effetto di quella.

Talvolta, tale artificiosa configurazione è stata sostenuta (17);

(17) Cfr. i seguenti casi:

a) un decreto ministeriale, richiamandosi all'art. 4 della L. 19 dicembre 1948, n. 1994, riguardante il trattamento dei beni di sodaliti veneti, aveva disposto il deposito presso la Banca d'Italia, di certi titoli azionari, che, si affermava, appartenevano a sodalita tedesca. Il provvedimento era stato impugnato dall'acquirente medio tempore di tali titoli, deducendo il trapasso di proprietà, che era già avvenuto, malgrado che la relativa trascrizione non fosse stata effettuata, a causa del blocco dei titoli stessi; il ricorrente, perciò, chiedeva, in via incidentale, l'accertamento del proprio diritto di proprietà, e in via principale, l'annullamento dell'atto amministrativo. Il Consiglio di Stato ha affermato la propria incompetenza, e la competenza del giudice ordinario, giacché la titolarità del diritto di proprietà sui beni di cui si ordina il deposito, sarebbe condizione di esistenza, e non di legittimità di esercizio, del potere della pubblica Amministrazione di ordinare il deposito stesso (IV sez., 18 gennaio 1952, n. 18, in *Furo it.*, 1952, III, 202); come si è visto nella nota precedente, questa motivazione non appare puntuale; essa, comunque, deve ricollegarsi alla nota tendenza giurisprudenziale, secondo la quale il diritto soggettivo del privato sussisterebbe, lì dove mancherebbe il potere della pubblica Amministrazione (su tale giurisprudenza, e le situazioni che abbiamo avuto occasione di fare in altra sede nelle nostre: Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, in *Furo amst.*, 1954, II, I, 313, 314). Ad ogni modo, è chiaro che in tanto la

ma, a tacere dell'inaccettabile qualificazione della situazione giuridica soggettiva, che si pretende essere stata violata dall'atto, si può notare come vi siano dei sintomi infallibili, che rivelano l'artificio; infatti, nell'ipotesi in cui è applicabile l'art. 20, il diritto soggettivo di cui si fa questione, non è mai dedotto per sostenere la sua violazione da parte dell'atto, come, invece, accade nell'ipotesi di illiceità di questo, ma, al contrario, è dedotto per

deklaratoria di incompetenza del Consiglio di Stato appreso giustificata, in quanto il ricorrente abbia fatto valere la propria titolarità del diritto di proprietà, non come affermazione della carenza di presupposto dell'atto amministrativo, ma per dedurre che questo atto ha violato il suo diritto;

b) impugnazione da parte di un membro di una deputazione provinciale, di un decreto prefettile di scioglimento della deputazione stessa, motivato con la scadenza del quadriennio, la quale sia stata basata sulla affermazione della necessità del compenso del tempo; il Consiglio di Stato ha ritenuto che il ricorrente avesse dedotto la illegittimità dell'atto amministrativo, in quanto questo avrebbe lesa il diritto soggettivo del privato, al mantenimento della carica; nettamente è stato ritenuto che la questione sulla consistenza e sulla violazione di questo diritto non è pregiudiziale, ma al contrario, è da svilupparsi con l'oggetto stesso del giudizio; per tale ragione, competenza a conoscere della controversia è l'autorità giudiziaria ordinaria (IV sez., 25 ottobre 1950, n. 511, in *Furo it.*, 1950, III, 172);

c) impugnazione di una ordinanza prefettile, ex art. 378 della legge sui lavori pubblici, basata sulla affermazione che il terreno di cui si tratta apparterrrebbe al ricorrente, e non ha, perciò, natura demaniale; poiché la illegittimità (ovvero: illiceità) dell'atto, era collegata con la violazione del diritto di proprietà, nettamente è stato ritenuto che la questione sul diritto soggettivo non aveva carattere pregiudiziale, ma si confondeva con l'oggetto stesso del giudizio; la competenza sulla controversia, perciò, è dell'autorità giudiziaria ordinaria (V sez., 29 novembre 1950, *Furo it.*, 1951, III, 1, già citata supra, alla nota 21, pag. 414, perchè nella motivazione di essa è detto che la consistenza del diritto soggettivo del privato non può acquistare rilevanza per la illegittimità (ovvero: illiceità) dell'atto impugnato, neppure sotto il profilo della carenza di presupposto di questo, ossia del carattere demaniale del terreno, giacché tale carattere non è condizione di legittimità dell'atto);

d) caso analogo al precedente: impugnazione di una ordinanza prefettile di realizzazione di un terreno demaniale, che era stata basata sulla circostanza che il terreno stesso, cioè: l'area, apparteneva al ricorrente; questi, aveva articolato il ricorso, affermando che l'atto era illegittimo, perchè violava il suo diritto di proprietà, e perciò aveva prospettato la questione su tale diritto, come meramente pregiudiziale; il Consiglio di Stato ha osservato che la questione della illegittimità (ovvero: illiceità) dell'atto, e la questione su tale diritto, erano coincidenti, dichiarando, perciò, la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (V sez., 23 agosto 1954, in *Furo it.*, 1954, III, 61).

argomentare la lesione di una diversa situazione giuridica soggettiva del ricorrente: l'interesse legittimo che risulta dalla norma, che vincola l'esercizio del potere, alla sussistenza del diritto soggettivo stesso. Oppure, delineando la distinzione sotto un diverso profilo, si può rilevare come nel caso al quale è applicabile l'articolo 28, la norma che si pretende violata dall'atto impugnato, non è mai quella da cui scaturisce il diritto soggettivo di cui si fa questione, come nel caso in cui l'atto stesso sia illecito, ma è quella che vincola l'esercizio del potere, alla sussistenza del diritto.

Pur essendo nettissima la distinzione tra le due ipotesi delineate, non si può negare, però, come esse interferiscano in qualche caso. Infatti, quando una norma vincola positivamente o negativamente l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, alla sussistenza di una determinata situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo, può darsi, talvolta, che l'esercizio di questo potere, carente tale presupposto, violi non solo tale norma, ma anche una norma diversa: quella, dalla quale è tutelato il diritto soggettivo; ossia, può darsi che, in questi casi, l'atto amministrativo non solo violi la situazione giuridica di interesse legittimo, che scaturisce dalla prima norma, ma anche quella di diritto soggettivo, che deriva dalla seconda.

Questi casi sono da ricollegarsi con quel fenomeno della doppia tutela di diritti e di interessi, lesi da una stessa attività amministrativa, il quale è stato particolarmente studiato dalla più recente dottrina⁽¹⁸⁾.

Tale fenomeno postula la nozione della relatività delle situazioni di diritto e di interesse, la quale è da ricollegarsi con la duplicità di profili sotto i quali può valutarsi la tutela che l'ordinamento giuridico accorda ad una data posizione del privato:

(18) Cf. la letteratura che abbiamo citato in Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni, cit., in *Faro amm.*, 1956, II, 1, 241, 242, e in Osservazioni sulla impugnazione dei regolamenti, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, per 706, nota 300.

e ... uno stesso ed identico rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, a seconda dei casi e dei momenti e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere (si intende non ad arbitrio ma servendosi di elementi obiettivi), ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto solo di riflesso»⁽¹⁹⁾.

Nei casi in esame, il soggetto ha la scelta della situazione giuridica che intende tutelare, e, conseguentemente, del tipo di tutela, a questa corrispondente, che può esperire; si entra in un campo, cioè, in cui la prospettazione che il privato dà alla propria domanda è non solo ammissibile, ma addirittura determinante per individuare tale tipo di tutela⁽²⁰⁾. Segue da ciò, che in tali casi non si può escludere che, secondo l'articolarsi delle affermazioni della parte, e secondo la situazione giuridica sostanziale che essa fa valere, la questione che verte sul diritto soggettivo, talvolta, si riconnetta con l'oggetto del giudizio (ipotesi in cui si fa valere la violazione del diritto soggettivo, naturalmente davanti all'autorità giudiziaria ordinaria); tal'altra, abbia carattere meramente pregiudiziale (ipotesi in cui si fa valere l'interesse legittimo, naturalmente davanti alla giurisdizione amministrativa)⁽²¹⁾.

(19) *MULLA*, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 63.

(20) Sotto questo profilo, non vi è dubbio che la validità della prospettazione della domanda di parte, deve essere sempre accertata, anche dopo che la giurisdizione si è orientata in senso contrario alla r.d. teoria della prospettazione; sui rapporti tra tale teoria, e il problema in esame, cfr. i rilievi che già svolgemmo in: *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni*, cit., in *Faro amm.*, 1956, II, 1, 239 m.

(21) Nel fenomeno indicato nel testo, possono essere comprese, anzitutto, alcune delle fattispecie cui si è accennato nelle precedenti note n. 25 e n. 27; inoltre, la possibilità della doppia tutela pare sussistere, in particolare, per le seguenti fattispecie:

si questione sulla esistenza, e sulla eventuale decadenza di una licenza edilizia, sorta in sede di impugnazione di una ordinanza sindacale di sospensione dei lavori; il Consiglio di Stato ha affermato che dalla licenza edilizia deriva un diritto soggettivo perfetto, su che se di esso è competente a decidere, per l'art. 28, il giudice amministrativo, perché la mancanza della sua esistenza è condizione di legittimità della ordinanza di sospensione, e, perciò, l'accertamento della sua sussistenza è pregiudiziale all'accertamento della illegittimità di questa

Dall'amplicissima formulazione dell'art. 28, si può facilmente dedurre, infine, che, al di fuori delle eccezioni al prin-

(V. sez., 21 maggio 1957, n. 349, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 708); è da notare, però, che se si attribuisce al titolare della licenza edilizia un diritto soggettivo, l'ordinanza di sospensione dei lavori lo viola, e perciò, la questione può anche essere portata davanti all'autorità giudiziaria ordinaria;

b) questione della qualificazione di una farmacia come legittima, o solo autorizzata, rispetto alla questione di legittimità del provvedimento, nel quale il Prefetto mette a concorso la farmacia stessa; la qualificazione della farmacia involge senz'altro una questione di diritto soggettivo, ma innanzitutto è stata affermata la impossibilità di distinzione tra di essa, e la questione che costituisce l'oggetto del giudizio (Cass., sez. un., 4 giugno 1957, n. 2026, in *Foro it.*, 1957, I, 1425); infatti, tale qualificazione ritiene a quella che può essere definita come un presupposto dell'atto impugnato, e perciò è possibile configurare la questione sul diritto soggettivo, come pregiudiziale alla questione della conformità dell'atto alla norma, che vincola l'esercizio dell'atto, alla sussistenza del presupposto.

E ancora:

c) se un decreto prefettizio di occupazione di un immobile è basato su un accordo del privato che ha promosso l'occupazione, con il proprietario dell'immobile, per la concessione gratuita di questo, sotto determinate condizioni, la inesistenza o la invalidità di questo accordo può essere fatta valere per dedurre la carenza di presupposto del provvedimento, o la lesione del diritto di proprietà (nel senso che il Consiglio di Stato può conoscere pregiudizialmente della inesistenza o della invalidità dell'accordo, v.: IV sez., 11 dicembre 1954, in *Foro it.*, 1955, III, 135, con rilievi critici di C. F., sotto il profilo che tale questione riguarda anche temi estranei al giudizio amministrativo (sul punto, v., infra, nel testo); la stessa decisione è invece annotata favorevolmente da F. C., in *Giur. it.*, 1955, III, 130);

d) se un provvedimento di vincolo per interessi artistici di certi arazzi è basato sul presupposto della qualità di immobile per destinazione degli arazzi stessi, la soluzione della questione concernente la effettiva sussistenza di tale qualità può essere profittata come pregiudiziale all'accertamento della illegittimità del provvedimento per carenza di presupposto, ma può anche essere ricollegata, sembra, alla violazione del diritto di proprietà (nel senso che il Consiglio di Stato è competente a conoscere in via pregiudiziale di tale questione, ove la qualità di immobili per destinazione sia considerata come condizione di legittimità dell'atto di vincolo degli arazzi, v.: IV sez., 27 luglio 1953, in *Foro it.*, 1954, III, 130, conformata da Cass., sez. un., 16 luglio 1956, n. 2336, in *Foro it.*, 1956, I, 1123, e in *Giur. it.*, 1956, I, 711, con nota redazionale adesiva; su questa materia, v., in genere, la scritto del CALAMANDREI: *Competenze dell'autorità giudiziaria in tema di immobili per destinazione artistica*, ripubblicato in *Studi sul processo civile*, cit., vol. III, pag. 253 ss.; a pag. 262 è richiamata la decisione del Consiglio di Stato);

e) in sede di impugnazione di un provvedimento dell'intendente di finanza, di autorizzazione alla procedura esecutiva per un debito di imposta, è stata sollevata la questione della prescrizione del debito stesso; è stato deciso che tale questione poteva essere risolta in via pregiudiziale dal giudice amministrativo, in

principio generale previste nella stessa norma, il giudice amministrativo può in ogni caso risolvere incidentalmente le questioni

quanto la sussistenza del debito deve essere considerata come condizione di legittimità del provvedimento di autorizzazione (V. sez., 11 ottobre 1951, n. 128, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 11; nella ipotesi, la questione era di puro diritto civile, in quanto si trattava di stabilire se sulla fattispecie ricorrevano gli estremi di un atto interruttivo della prescrizione); d'altra parte, sembra che il seguente possa benissimo far valere una violazione di un diritto soggettivo;

f) in tutti i casi in cui si ricorre contro un provvedimento di tutela di beni demaniali, la sussistenza del diritto di proprietà privata sul bene cui l'atto si riferisce, può essere fatta valere come causa di illegittimità dell'atto per carenza di presupposto, ma anche essere ricollegata alla illiceità dell'atto (oltre alle decisioni citate nelle note precedenti, nel senso della competenza del giudice amministrativo a conoscere della questione della proprietà sul bene, in via pregiudiziale, v.: V sez., 21 luglio 1956, n. 280, in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 26, e in *Arch. giur.*, 1956, 1819 con nota adesiva di DURANT; V sez., 20 ottobre 1951, n. 1286, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, pag. 1297; C.d., 26 giugno 1957, n. 11, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 250);

g) molto interessante, infine, è la fattispecie seguente: Tale è locazione privata di un immobile di proprietà della pubblica Amministrazione; una ordinanza prefettizia gli ordina lo spoglio in via amministrativa, rinviando l'esecuzione stessa militari; il locatario impugna l'ordinanza davanti al Consiglio di Stato, sostenendo la sussistenza del presupposto al quale, evidentemente, era legata l'ordinanza di spoglio in via amministrativa, giacché egli, al contrario, deteneva l'immobile in base a regolare contratto privato di locazione, e tale contratto era stato perfezionato dalla nota legislazione vincolistica; il Consiglio di Stato, ricollegando la sussistenza di tale rapporto, ad un simile argomento di presupposti dell'atto, ha affermato la propria competenza a conoscere, in via pregiudiziale, della questione relativa al contratto di locazione (V. sez., 11 maggio 1953, n. 218, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, 116); questa decisione è stata però cassata (Cass., sez. un., 29 gennaio 1956, in *Giur. it.*, I, 1, 112), sulla base della considerazione che l'oggetto del giudizio è costituito dalla violazione del diritto soggettivo perfetto consistente nel contratto e della relativa preroga; perciò l'unico giudice competente sarebbe stata l'autorità giudiziaria ordinaria. Questo ragionamento non pare convincente; infatti, è esatto che il privato, se avesse scelto la strada indicata dalla Cassazione, avrebbe potuto far valere la violazione del proprio diritto soggettivo, compiuto dalla pubblica Amministrazione; ma questa non era la sola possibilità che gli si offriva; infatti, poteva adire, come effettivamente fece, il giudice amministrativo, deducendo il rapporto privatistico per negare la sussistenza del rapporto pubblico, che costituisce il presupposto dell'atto amministrativo; così esattamente decide il Consiglio di Stato, e in questo senso è la lampia nota critica alla sentenza della Suprema Corte, del Consiglio, dove le relazioni delle circostanze di fatto della questione di diritto di proprietà del privato, sono definite in modo chiarissimo in *Cass. penali* e « *privatum* » dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 111).

pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, ricadrebbero nella competenza del giudice civile; s'intende, a meno che tali questioni non siano state già decise con forza di giudicato da questo giudice, in un processo che si è svolto in modo indipendente da quello amministrativo.

In particolare, nessun ostacolo alla cognizione incidentale da parte del Consiglio di Stato delle questioni suddette, può derivare dalla circostanza per cui, se esse costituissero autonomo oggetto del giudizio, il relativo processo dovrebbe svolgersi anche tra soggetti che non sono parti del processo amministrativo.

Nella prima parte del presente lavoro, si è già accennato, infatti, che, in genere, il giudice della causa pregiudicata può sempre risolvere le questioni pregiudiziali, anche aventi per oggetto un rapporto che intercorre tra soggetti diversi di quelli che sono parti nel processo, e ciò, perchè la soluzione della questione pregiudiziale non acquista forza di giudicato, e rileva solo ai fini della ricostruzione della fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudice⁽¹⁷⁾; tali ragioni valgono, evidentemente, anche per il processo amministrativo, e, invero, il Consiglio di Stato ha senz'altro risolto questioni pregiudiziali che presentavano il carattere in esame⁽¹⁸⁾, malgrado che in dottrina si siano manifestate perplessità al riguardo⁽¹⁹⁾.

(17) Cfr., supra, pag. 381 ss., e nota 211.

(18) Per esempio, nel caso riportato nella nota 21, in cui era stato impugnato un provvedimento di costituzione di ufficio di un consorzio di strade vicinali, sostenendo che esso era carente del presupposto, consistente nella natura pubblica di una di tali strade, il ricorrente non era il proprietario della strada in questione, che, si affermava, sarebbe appartenuta iure privato ad un terzo; pure, il Consiglio di Stato ha senz'altro risolto la questione pregiudiziale vertente sul carattere pubblico di tale strada (V sez., 3 marzo 1942, in *Giur. it.*, 1942, III 23).

(19) Cfr. le osservazioni di U. F., alla decisione citata nella nota che segue, secondo le quali il Consiglio di Stato non sarebbe competente a risolvere le questioni pregiudiziali vertenti su diritti soggettivi, se esse, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, dovrebbero essere decise in un processo, di cui non tutte le parti sono presenti nel processo amministrativo; in ciò si dovrebbe vedere un limite al principio della competenza del giudice amministrativo, che si dovrebbe aggiungere alle eccezioni di tale principio, già previste espressamente dall'art. 28.

Problema diverso è quello che concerne l'opportunità di sospendere il giudizio amministrativo, quando si verifica tale ipotesi, e davanti all'autorità giudiziaria ordinaria già pende il processo che ha per oggetto del giudizio la questione pregiudiziale, tra le parti a questo legittimate; nel senso affermativo si è pronunciato il Consiglio di Stato⁽²⁰⁾; evidentemente, tale soluzione non potrebbe essere accolta, però, se si nega al giudice amministrativo il potere di sospensione del processo, per attendere la decisione della questione pregiudiziale, che costituisce l'oggetto del giudizio in altro processo, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge⁽²¹⁾.

ECCEZIONI

(31) Come è noto, l'art. 28, dopo avere enunciato il principio generale di cui si è detto nel paragrafo precedente, stabilisce alcune eccezioni ad esso; ossia, riserva in ogni caso all'autorità giudiziaria ordinaria, la cognizione su « ... l'incidente di falso, e le questioni concernenti lo stato e la capacità di privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio ».

Certamente, le maggiori difficoltà di campo della norma in esame, concernono proprio tali eccezioni, se si prescinde dal disegno dei lineamenti dogmatici del fenomeno della pregiudizialità, che è indispensabile tratteggiare per comprendere il principio generale anzidetto.

Infatti, la ratio, e, quindi, i limiti della riserva all'autorità giudiziaria della cognizione delle questioni previste nell'art. 28, ultimo comma, malgrado che esse sorgano nel processo amministrativo solo in via pregiudiziale, sono, per qualche aspetto, tutt'altro che chiari.

Questa considerazione, a dire il vero, non vale per quel che riguarda la disciplina dell'incidente di falso, la quale appare

(20) In un'altra ipotesi del tipo in esame il Consiglio di Stato ha preferito sospendere il processo amministrativo, sino alla decisione del processo civile già pendente (IV Sez., 15 dicembre 1934, in *Fur. it.*, 1935, III 133).

(21) Cfr. supra, pag. 381 ss.

egual comprensibile sotto tutti i suoi profili; e, anzi, converrà esporre subito le poche osservazioni che si possono fare al riguardo, per rivolgere successivamente l'attenzione a quella parte della norma in esame che presenta maggiori difficoltà.

Così è noto, la querela di falso tende all'accertamento della falsità di un documento, che una delle parti ha dedotto in giudizio, a prova di una delle sue affermazioni; tale impugnazione può essere proposta dalla parte avversa, quando il documento di cui si tratta è riconosciuto dal giudice come effettivamente rilevante per la decisione della causa (17).

Nelle trattazioni di giustizia amministrativa la querela di falso è trattata in relazione ai c.d. incidenti che possono sorgere nel corso del processo amministrativo (18); tale impostazione, però, porta a delineare una categoria, come quella degli incidenti processuali, la quale appare dai caratteri incerti, è di non provata utilità, e, soprattutto, comprende istituti giuridici dalla natura più disparata; infatti, tradizionalmente, la dottrina tratta in tal sede, accanto alla querela di falso, della richiesta di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, e della domanda di intervento nel processo amministrativo del terzo (19); cioè, di una domanda di parte, volta ad ottenere un provvedimento del giudice amministrativo, avente natura cautelare, in senso lato, e di un'altra domanda di parte, la quale, invece, attiene alla costituzione di un rapporto processuale accessorio a quello principale.

Con la domanda di sospensione, per quanto questa sia connessa col processo amministrativo, siamo però ancora al di fuori

(17) Cfr. art. 42, 1° comma, del Regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato; per casi in cui la devianza della questione di falso è stata ritenuta irrilevante, ai fini della decisione nel merito del ricorso, v.: VI sez., 11 dicembre 1951, n. 426, in *Riv. giur. Cons. Stato*, 1952, I, 1475; V sez., 5 febbraio 1952, n. 197, *id.*, 1952, I, 141.

(18) Cfr.: ZANINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, pag. 305, 305; GYRINO, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 217.

(19) ZANINI, *op. cit.*, pag. 301 ss.; GYRINO, *op. cit.*, pag. 241 ss.

del merito della causa, e, anzi, addirittura al di fuori dell'attività giurisdizionale tendente alla risoluzione della controversia; e, con la domanda di intervento in causa, si solleva una questione, avente carattere meramente processuale; e, inoltre, anche senza approfondire la non omogeneità delle figure indicate, appare evidente come esse nulla abbiano a che fare con la questione di falso: questa, infatti, pur potendo insorgere anche in sede di accertamento della sussistenza dei presupposti processuali (20), di solito acquista una rilevanza in quanto condiziona la decisione del merito del ricorso; e tale rilevanza, come si è accennato, è presupposta per la sua stessa proponibilità.

Volendo precisare il carattere del collegamento tra la questione di falso e la decisione del merito della causa, si può senz'altro affermare che tale collegamento ha la natura del vero e proprio nesso di pregiudizialità. Certamente, dal momento che il documento di cui si contesta l'autenticità, acquista rilevanza nel processo, in quanto concorre a formare il convincimento del giudice, nella ricostruzione della fattispecie concreta sottoposta al suo esame, il nesso di pregiudizialità che lega la decisione della querela di falso alla decisione della questione principale, non è un riflesso di un analogo nesso che si svolge sul terreno sostanziale; ma, come si è visto precedentemente, da un punto di vista processuale, la circostanza che la soluzione di un data questione costituisce un anello dell'iter logico del giudice, giustifica la qualificazione come pregiudiziale della questione stessa; e non occorre ripetere qui le ragioni, sulla base delle quali si è pervenuti a tale conclusione (21).

(20) Per esempio, uno dei rarissimi casi di proposizione di querela di falso nel processo amministrativo, fu originato dalla eccezione sollevata dalla Amministrazione, di irrilevanza del ricorso; l'Amministrazione stessa aveva richiesto una revoca di ricorso, formata dal ricorrente, e data più di sei mesi prima della notifica del ricorso, che, si affermava, si riferiva alla revocanda, con la quale non era stato portato a conoscenza dell'Amministrazione il provvedimento impugnato; il ricorso era stato proposto a conoscenza dell'Amministrazione il provvedimento impugnato; il ricorso era stato proposto a conoscenza della questione di falso, concernente l'autenticità della propria firma (IV sez., 4 marzo 1956, n. 71, in *Fare amm.*, 1956, I, 138).

(21) Cfr., *supra*, pag. 124 ss.

Ad ogni modo, la disciplina della querela di falso presenta alcuni aspetti costanti, indipendentemente dalle peculiarità del singolo tipo di processo in cui essa può sorgere; infatti la legge ha disposto che la questione relativa all'autenticità di un documento, per i suoi peraltro evidenti caratteri di importanza e di delicatezza, non possa mai essere risolta *incidenter tantum*, ma debba costituire sempre l'oggetto di un apposito giudizio, e che la relativa decisione debba acquistare autorità di cosa giudicata⁽¹⁷⁾; da questa premessa, risulta chiaro che la querela di falso debba essere sempre riservata alla cognizione del giudice che la legge ha indicato come competente a tal fine⁽¹⁸⁾, e che essa non possa mai essere decisa da un diverso organo giurisdizionale, neppure quando si ponga come meramente pregiudiziale, rispetto all'oggetto del giudizio del processo pendente davanti a questo⁽¹⁹⁾.

Ciò costituisce un principio generale, che vale per qualsiasi tipo di processo, anche appartenente a giurisdizioni speciali⁽²⁰⁾; sotto questo profilo, dunque, quella parte dell'art. 28 che riserva al giudice ordinario la cognizione della querela di falso, non è altro che una specificazione di tale principio, il quale, peraltro, si sarebbe dovuto applicare anche nel silenzio della legge⁽²¹⁾. Per quel che concerne l'inquadramento dell'istituto in esame, con i lineamenti del fenomeno della pregiudizialità che si sono venuti descrivendo, gioverà notare come, per le ra-

(17) Cfr. gli artt. 221 *in cod. proc. civ.*

(18) Ovvia, prescindendo dalla ipotesi in cui è competente il giudice penale, il tribunale civile (art. 9 *cod. proc. civ.*).

(19) Per quel che riguarda la necessità della valutazione come autonomo oggetto del giudizio, della questione di falso, che sia stata sollevata nel corso di un processo civile, v., *supra*, pag. 112.

(20) Per l'esplicita affermazione di questo principio, v.: Cass., 27 gennaio 1941, n. 135, in *Rep. Foro it.*, 1941-43, voce: *Falso in materia civile*, n. 39.

(21) Per considerazioni sul collegamento tra la disposizione in esame, e la necessità della decisione della questione di falso, in un autonomo giudizio, v.: *FERRICCI, Sull'incidente di falso nel processo amministrativo*, in *Studi annessi*, 1932, pag. 142 ss.

gioni suddette, la riserva al giudice ordinario della cognizione della questione di falso, inserita nel processo amministrativo, costituisce un tipico caso di trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale, la quale è imposta in maniera cogente dalla legge; e tale imposizione non può essere ricollegata, almeno direttamente, ad una discriminazione di competenze, o, addirittura, di giurisdizioni, ma si riconnette con la valutazione di ordine politico che il legislatore ha fatto, dell'opportunità che la querela di falso, in qualunque modo, e davanti a qualsiasi giudice sollevata, sia sempre valutata e decisa come un autonomo oggetto del giudizio.

Naturalmente, la considerazione che precede esaurisce il profilo sotto il quale poteva interessare, in questa sede, la disciplina della questione di falso, inserita nel processo amministrativo; prescindiamo, perciò, da una più approfondita analisi della procedura che la legge prevede per la sua proposizione⁽²²⁾, e le stesse ipotesi, peraltro assai rare, in cui la parte in esame dell'art. 28 è stata applicata⁽²³⁾.

(22) Cfr. l'art. 41 del regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato.

In dottrina, v.: *ZANONI, Corso di diritto amministrativo*, cit., II, pag. 204, 205; *GUCCIONE, Le giurisdizioni amministrative*, cit., pag. 241, e, per una analisi più dettagliata, la citata monografia di *FERRICCI, Sull'incidente di falso*, cit., pag. 147 ss.

In giurisprudenza, le pronunce in materia sono del tutto sporadiche; cfr., comunque: V. sez., 5 febbraio 1955, n. 195, in *Ann. giur. Cass. Stato*, 1955, III, la quale si limita a riaffermare il principio, già sancito espressamente nel citato articolo del regolamento di procedura, secondo il quale il giudice amministrativo non deve sospendere il giudizio, se chi solleva la questione di falso, non prova di avere già proposto l'azione davanti al tribunale ordinario; da notare, comunque, che lo stesso articolo dà alla parte anche la facoltà di chiedere al giudice amministrativo un rinvio, entro il quale presentare la querela di falso al tribunale competente.

In generale, sulla querela di falso, nel processo civile, v., da ultimo: *DOTT. LA VERIFICATIONE DELLE PROVE DOCUMENTALI*, Torino 1951.

(23) Tra le rarissime decisioni del Consiglio di Stato in relazione al tema della questione di falso, è da segnalare per la singolarità della fattispecie, quella della IV sez., 29 marzo 1933, in *Foro it.*, 1933, III, 100; si trattava della impugnazione di un provvedimento di dispense dal servizio di un ufficiale della Guardia di Finanza, per aver contratto matrimonio, पहले solo religioso, senza

Ben più delicata si presenta la valutazione della portata delle altre eccezioni che lo stesso art. 28 prevede, al principio generale, per cui il giudice amministrativo può risolvere in via incidentale tutte le questioni pregiudiziali concernenti diritti soggettivi perfetti.

Queste altre eccezioni sono indicate dal legislatore, come le questioni relative allo stato e alla capacità delle persone: è l'interpretazione di tale formula che desta perplessità.

Da un lato, infatti, mancano, almeno a prima vista, gli elementi per una immediata identificazione di tali questioni, con questioni le quali, per criterio generale, non possono essere risolte *incidenter tantum*, ma devono essere sempre decise come autonomi oggetti del giudizio; questo comporta il dubbio se, con la disposizione in esame, la legge abbia voluto escludere che il giudice amministrativo possa risolvere tali questioni pregiudiziali, non già perchè è necessario che esse siano decise con forza di giudicato, ma, diversamente, perchè ha ritenuto inopportuno che il giudice amministrativo conosca di tali questioni,

il necessario permesso; l'Amministrazione, per provare la sussistenza del presupposto del provvedimento, aveva esibito in giudizio la documentazione del matrimonio religioso, la quale veniva impugnata per falso dal ricorrente; il Consiglio di Stato ha affermato che competeva a decidere della validità di tale documentazione, è competente la sola autorità ecclesiastica, escludendo, così, l'intervento del giudice ordinario, anche sotto il profilo della declaratoria di inesistenza del matrimonio di cui si tratta (v. anche, ivi, nota di Scaturro, *Nulità di un matrimonio contratto secondo il rito consuetudinario, promanata dall'ordinario discreto in via amministrativa e economica e suoi effetti relativamente ad un procedimento amministrativo di dispensa dal servizio di un sottufficiale della R. Guardia di Finanza*).

Da ricordare, infine, che anche per il processo amministrativo è stato sostenuto che se si contesta la autenticità di una copia di un documento, che potrebbe essere impugnato solo con la querela di falso, non è necessaria la proposizione di tale querela (Forti, *La tema di falso e di nullità parziale degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1951, I, 751, 754, con citazioni sull'argomento); e ciò, per la differenza di natura tra il documento, e la copia di esso (v., in proposito, la nota definitiva di Cassalutti, della copia del documento, come il documento del documento: *La prova civile*, Roma 1913, pag. 215).

in qualunque forma; tale preclusione sarebbe basata, allora, su ragioni attinenti direttamente alla discriminazione di competenze, il che, come si è detto, apparirebbe piuttosto anomalo.

A questi dubbi sul fondamento della disposizione in esame, si accompagnano anche numerose perplessità, sui limiti della sua applicazione; perplessità, che assumono un carattere di particolare delicatezza, data la gravità delle conseguenze che derivano da tale applicazione: ossia, la sospensione del processo amministrativo, per tutto il tempo necessario per l'esaurimento del giudizio civile, che può protrarsi per tutti e tre i gradi di giurisdizione.

Infatti, l'espressione impiegata dal legislatore: «... questioni concernenti lo stato e la capacità di privati individuali...» appare quanto mai vaga e imprecisa: nella comune terminologia giuridica, si fa molto spesso riferimento sia alla nozione di stato, sia alla nozione di capacità, anche in ipotesi le quali, sicuramente, esulano dalla previsione della norma in esame.

Nè, d'altra parte, appare facile individuare il metodo, sulla cui base è possibile pervenire ad una precisazione della portata della previsione stessa: infatti, da un lato, gli stessi lineamenti dogmatici delle due nozioni indicate appaiono discussi, e, comunque, piuttosto sfumati; dall'altro, il disegno di tali lineamenti, da solo, è manifestamente inadeguato a risolvere i dubbi d'interpretazione della disposizione che si esamina; a tal fine, è necessario fare riferimento anche alla ratio della norma, la quale, su questo punto, è difficilmente individuabile; ed è proprio in relazione alla soluzione delle questioni che sorgono in proposito, che si avverte maggiormente quella mancanza di una adeguata relazione al Re, cui si è già accennato.

Comunque, converrà iniziare il discorso da una esposizione della dottrina, per quel che concerne la nozione di *giudizio*.

Per quel che riguarda lo status la nota dominante, in dottrina, pone l'accento sulla differenziazione di questa figura da

quella del diritto soggettivo, o da altre figure giuridiche, quali il potere e la facoltà⁽¹⁷⁾; ma l'aspetto più delicato dei lineamenti della figura in esame, concerne la relazione di essa, con quella di rapporto giuridico: talvolta, infatti, è stato affermato che tale relazione sarebbe, addirittura, di identità⁽¹⁸⁾, ma sembra che valutando il concetto di *status* da tale angolo visuale, da un lato si configuri come un inutile doppione del concetto di rapporto, e, dall'altro, si precluda la possibilità di una più precisa individuazione dei profili peculiari di esso⁽¹⁹⁾.

Tali profili paiono ricollegarsi, appunto, con la circostanza per cui lo *status* si pone come un presupposto di tutta una serie di determinati rapporti giuridici⁽²⁰⁾, senza che, peraltro, esso possa risolversi interamente in questi, neppure se vengono considerati nel loro complesso; i singoli diritti e i singoli doveri paiono derivare dallo *status*, più che essere in esso ricompresi⁽²¹⁾; e la stessa nota definizione della nozione in esame, secondo la quale lo *status* sarebbe una « sintesi » di singoli rapporti (REDENTI, BARASSI)⁽²²⁾, può essere accolta nei limiti in cui essa significa che lo *status* stesso è una posizione giuridica alla quale fanno

(17) In questo senso, v., per tutti: MESSINA, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, 9ª ed., Milano 1957, pag. 118; vol. II, pag. 24; in senso contrario, v. le opinioni di ANTONO RIZZI e di VASSALLO, riportate, con rilievi critici, da D'ASCALO, *Il concetto giuridico di « status »*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, pag. 171 ss.; per ulteriori rilievi critici, v. anche MESSINA, *op. loc. ult. cit.*

(18) In questo senso, v., soprattutto, l'orientamento della dottrina tedesca ricordato da D'ASCALO, *Il concetto giuridico di « status »*, cit., con ampia bibliografia e con rilievi critici (pag. 269 ss.).

(19) Anche ALAIMO nega che lo *status* sia un rapporto giuridico, e pone l'accento, invece, sul carattere di « effetto » giuridico che sarebbe proprio della nozione in esame (*Le cose giudicate, etc.*, cit., pag. 299 ss.).

(20) In questo senso, v. la nota parole di SANTI ROMANA, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 76.

(21) In questo senso, v. MESSINA, *op. loc. ult. cit.*

(22) Cf. in proposito, con citazioni e rilievi critici: ALAIMO, *Le cose giudicate, etc.*, cit., pag. 297, 298; D'ASCALO, *Il concetto giuridico*, cit., pag. 254 ss., il quale afferma che lo *status* appartiene « ... alla fattispecie del prestatto giuridico... » (pag. 251 ss.).

capo una pluralità di diritti, doveri, poteri etc., senza che esso possa in questi esaurirsi.

Già questa prima latissima definizione della nozione in parola, porta ad escludere che possano farsi rientrare in essa alcune figure, che anzi impropriamente sono qualificate come *status*, ma le quali, in realtà, si esauriscono nell'ambito di un singolo rapporto giuridico: così, per es., i c.d. *status* di debitore, di creditore, etc.⁽²³⁾.

D'altra parte, non contrasta con le affermazioni che precedono, la caratterizzazione dello *status* come di una qualità giuridica⁽²⁴⁾, di una posizione giuridica che è attribuita al soggetto⁽²⁵⁾, e, ciò, malgrado le molteplici incertezze che ancor oggi si devono registrare, nei confronti dei caratteri di tale concetto⁽²⁶⁾.

Ma se è possibile trovare una certa concordia di consensi su tale inquadramento della nozione in esame, molti dubbi e vive dispute si hanno, ove si tenti una maggiore precisazione di essa, la quale valga a differenziarla dalle infinite altre posizioni giuridiche che sono attribuibili al soggetto. Senza procedere ad una dettagliata analisi delle varie tendenze manifestatesi al riguardo, si può osservare, comunque, che l'orientamento che sembra cogliere in modo migliore i caratteri essenziali dello *status*, lo ricollega alla posizione che il soggetto assume nell'am-

(23) Cf. in proposito: FACCARETTO, *Lo status socii*, in *Studi in memoria di RIZZI*, Milano 1954, pag. 528 ss.; v., ivi, anche una disamina dei vari usi in cui, in pratica, si fa riferimento al termine di *status*.

(24) Per tale caratterizzazione, v.: MESSINA, *op. loc. ult. cit.*; D'ASCALO, *Il concetto giuridico*, cit., pag. 161 ss.; CICCIO, *Il concetto di « status »*, in *Studi in onore di SINACELLI*, Napoli 1957, pag. 81.

(25) Sulla prevalenza dell'aspetto soggettivo nella figura di *status* v., soprattutto: MIZZO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 61; per una sposta fattuale al riferimento anche a cose della nozione di *status*, v., però: ALAIMO, *Le cose giudicate, etc.*, cit., pag. 299.

(26) Sulla delicata materia v., da ultimo: CICCIO, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, t. 4, no 192; in proposito, v. anche gli interessanti rilievi di PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, vol. I, pag. 257, 258.

line di un determinato ordinamento giuridico, ove si intenda quest'ultimo secondo la concezione istituzionale. Questo orientamento può farsi già risalire a JELLINEK, il quale nel suo celebre *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* aveva impiegato il concetto di *status*, per inquadrare i molteplici rapporti tra cittadino e Stato: è appena il caso di notare come, sulla base della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, non si possa individuare nessun motivo, almeno sotto un profilo puramente dogmatico, per cui si dovrebbe riservare il termine *status*, alla qualificazione della sola posizione che il cittadino assume nell'ambito dell'ordinamento statale, senza estenderlo anche alla definizione di posizioni che il singolo assume nei confronti di diversi ordinamenti giuridici, ove tali posizioni si atteggino con caratteri tecnicamente analoghi, alla prima.

Il collegamento tra la nozione di *status* e la posizione del singolo nell'ambito di un dato ordinamento, è senz'altro rafforzato anche dalla circostanza per cui quelli che sono gli *status* tradizionali si riferiscono agli ordinamenti giuridici storicamente più antichi, tra quelli ancor oggi esistenti: infatti, accanto allo *status di cittadino*, si ricorda comunemente lo *status familiare*⁽¹⁰⁾; e, se si prescindesse dallo stesso collegamento, rimarrebbe certo incomprensibile l'attuale fenomeno tendente a definire come *status*, la posizione del singolo nell'ambito di organizzazioni giuridiche, che solo di recente sono valutate come veri e propri ordinamenti giuridici: a questo proposito, si può ricordare, per esempio, i c.d. *status* di imprenditore commerciale⁽¹¹⁾, di socio in una società⁽¹²⁾, di appartenente ad una

(10) Cfr., in argomento, le considerazioni di CECI, *Il concetto di « status »*, cit., pag. 70 ss.; sulle possibili interferenze della *status* di cittadinanza con quella familiare, dal punto di vista del diritto internazionale, v. l'interessante studio di ZACCARI, *Osservazioni sulle funzioni degli « status » familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 432 ss.

(11) Cfr., MESSINEO, *Manuale*, cit., vol. I, pag. 315.

(12) In senso contrario alla configurabilità come *status* della posizione del socio nella società, v.: FERRACIONE, *Lo status socii*, cit., pag. 521, 522 e 542; v.

categoria professionale, ad un comune, ad un consorzio, ad una frazione, etc.⁽¹³⁾.

In definitiva, la dottrina, attualmente, è orientata verso la costruzione di un amplissimo concetto di status, ricomprendendovi in esso la posizione che il singolo acquista nell'ambito di qualsiasi ordinamento giuridico⁽¹⁴⁾, ricollegandosi, perciò, alla titolarità, e, anzi, al presupposto per la titolarità, di tutta quella molteplicità di rapporti che nell'ambito di ogni ordinamento, appunto, fanno capo ad ognuno dei membri di quanto⁽¹⁵⁾.

Sarebbe assai interessante un ulteriore approfondimento della nozione di *status*, in relazione a vari suoi profili: per esempio, alla possibilità di una sua moltiplicazione, nell'inquadramento della posizione del soggetto nell'ambito di un solo ordinamento⁽¹⁶⁾; alla sua configurabilità, nelle ipotesi di interferenza tra più ordinamenti giuridici⁽¹⁷⁾; alla sua rilevanza, in

dei, ulteriore bibliografia; nello stesso senso, e in modo assai netto, v. anche: AZZARO, *Le cose giudicate*, cit., pag. 235, 236.

(13) Cfr., per questi e per altri esempi, MESSINEO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 65.

(14) Cfr., in questo ordine di idee, soprattutto: CECI, *Il concetto di « status »*, cit., pag. 65, e, precedentemente, JELLINEK; molto indicative sono le parole con le quali CECI riporta il pensiero di JELLINEK: secondo questo autore, si avrebbe uno *status* «... in tutti i casi in cui un individuo si presenta come membro di un tutto superiore, tenuto coerente da un comune scopo» (op. cit., pag. 62); v. anche la bibliografia citata da FERRACIONE, *Lo status socii*, cit., pag. 523, nota 7; per rilievi critici nei confronti della posizione di CECI, v.: D'AMADIO, *Il concetto giuridico*, cit., pag. 285 ss., che propone definire la nozione di *status*, riferendovi alla «... partecipazione di un soggetto ad un rapporto della vita sociale avente rilievo nell'ordine sociale».

(15) Cfr. i rilievi assai vivaci ed interessanti, con i quali ZACCARI caratterizza la rilevanza e la portata di uno degli *status* classici quello di cittadinanza (*Osservazioni*, cit., cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 439).

(16) E da ricordare, infatti, come JELLINEK inquadra la molteplicità dei rapporti tra individuo e Stato, non in un solo *status*, ma nei quattro *status* a tutti noti.

(17) Infatti, considerando come *status* la posizione che l'individuo assume nell'ambito di un dato ordinamento giuridico, la valutazione di questa posizione non si sottrae alle diverse conseguenze cui può portare il diverso punto di vista non si sottrae alle diverse conseguenze cui può portare il diverso punto di vista anche per la valutazione dell'ordinamento stesso; in particolare, se questa è considerata in sé e per sé, oppure secondo le valutazioni che ne è fatta da un diverso

relazione alla disciplina dei singoli rapporti giuridici, che ad esso fanno capo⁽¹⁷⁾, etc.

Un approfondimento del genere, però, si appaleserebbe inutile in questa sede; infatti, esso gioverebbe a precisare maggiormente i caratteri strettamente dogmatici della nozione di status, nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive: ma tale precisazione, d'altra parte, non sembra idonea a chiarire la portata della espressione impiegata nell'art. 28: infatti, è evidente che, quando il legislatore ha disposto che la cognizione delle c.d. questioni di stato è riservata in ogni caso al giudice ordinario, egli non ha fatto riferimento alle questioni vertenti su situazioni giuridiche soggettive, le quali, da un punto di vista rigorosamente dogmatico, possano essere delineate con i caratteri dello status, giustificando la deroga al principio generale della cognizione del giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali, per ragioni corrispondenti a tali caratteri; è ovvio, per contro, che il legislatore ha disposto l'eccezione in esame, in relazione alla natura particolare di un certo numero di questioni, definite di stato, con una espressione la quale ha sicuramente un significato tecnico, per quanto impreciso, il quale non

ordinamento (per i complessi fenomeni che si verificano in proposito, v. la seconda parte dell'Ordinamento giuridico, di NANI ROSANO, specie pag. 119 ss.); può darsi, infatti, che una data entità giuridica, che, considerata in sé e per sé, presenta i caratteri dell'ordinamento giuridico, sia valutata da altro ordinamento in modo del tutto diverso: o nel senso di una irrilevanza, assoluta o parziale, o nel senso di una rilevanza, ma non come ordinamento; è evidente, che, in ipotesi del genere, dal punto di vista del secondo ordinamento, ai membri del primo non potrebbe essere attribuita quella posizione giuridica che presuppone il riconoscimento di questo ordinamento come tale.

(17) Da ricordare a questo proposito l'opinione di MITLE, secondo la quale nella nozione di status dovrebbe essere individuato un ulteriore elemento caratteristico: lo status, cioè, dovrebbe avere e... il carattere di presupposto per l'applicazione, al soggetto medesimo (della status) di una serie di norme giuridiche o non giuridiche, le quali vengono così a costituire a tutti i soggetti in possesso di quella « status » una situazione giuridica uniforme ed omogenea (ciò che i Francesi chiamano *status legalis*)» (Principi di diritto amministrativo, cit., pag. 61, 66).

è collegabile unicamente con lo status, come tipica situazione giuridica soggettiva.

Da un lato, appare chiaro che le questioni di stato indicate dalla legge, sono questioni vertenti su situazioni giuridiche soggettive che hanno il carattere di status; dall'altro, è ancora più chiaro che non tutti gli status possono essere connessi con le questioni di stato di cui all'art. 28; il problema dell'esegesi di questa norma, dunque, si risolve in un problema di individuazione di quelli tra gli status, in relazione ai quali il legislatore ha inteso disporre la nota limitazione alla competenza incidentale del giudice amministrativo; questa impostazione del problema permette, inoltre, una maggiore utilizzazione delle considerazioni precedentemente svolte sulla nozione di status, le quali non rilevano solo al fine di stabilire la impossibilità di collegamento tra essa, e la norma in esame (che, anzi, sotto questo profilo, esse appaiono molto più sviluppate di quel che sarebbe stato necessario); infatti, l'aver messo in luce i caratteri essenziali dello status, appare utile per la precisazione delle vicende delle situazioni giuridiche di tale tipo, nel quale rientrano, per quel che si è detto prima, le stesse situazioni giuridiche cui l'articolo 28 fa riferimento: e, come si vedrà in seguito, una precisazione del genere è indispensabile, proprio per delineare le ipotesi in cui ha una vera e propria questione di stato, la cognizione della quale è preclusa al Consiglio di Stato.

Ad ogni modo, il problema dell'esegesi dell'ultima comma dell'art. 28, deve essere risolto, sulla base del significato tecnico che ha assunto nella nostra legislazione l'espressione: « questioni di stato e di capacità » delle persone.

Che a questa espressione debba essere attribuito un valore particolare, seppur da precisare nei dettagli, appare indubbio; e, del resto, essa si ritrova anche in altri testi legislativi, diversi da quello in esame: per esempio, nell'art. 9 del codice di procedura civile, che determina la competenza del tribunale.

Malgrado la sostanziale coincidenza, sotto questo profilo,

della norma del processo civile, con quella del processo amministrativo, nessun lume per l'interpretazione della seconda può venire dall'interpretazione della prima: infatti, la dottrina del processo civile si limita, di regola, alla semplice parafrasi della parte dell'art. 9 cod. proc. civ. che qui interessa⁽¹⁶⁾; solo raramente ci si sofferma sulla enumerazione dei casi cui la norma si applica⁽¹⁷⁾, oppure si tenta una analisi più penetrante del testo legislativo⁽¹⁸⁾; d'altra parte, le stesse applicazioni giurisprudenziali della disposizione in esame sono del tutto sporadiche⁽¹⁹⁾. Le ragioni di questa mancanza di approfondimento della portata della norma civilistica devono essere ricercate nella scarsa rilevanza pratica che una analisi del genere presenta: infatti, le questioni le quali possono essere confuse con quelle concernenti lo stato e la capacità delle persone, hanno sempre un carattere costante, e cioè che il loro valore patrimoniale è indeterminabile; dal momento che le cause di questo tipo, per lo stesso art. 9, appartengono comunque alla competenza del tribunale, ecco che nel processo civile viene meno quella rilevanza ai fini della determinazione della competenza, della precisazione della portata della espressione legislativa in esame,

(16) Cf.: BENEVI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, pag. 115, 116; SATTI, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 20; LOMASO, *Manuale di diritto processuale*, cit., pag. 131; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., vol. I, pag. 127; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., vol. II, pag. 51.

(17) Cf. ZANUCCINI, *Diritto processuale*, 9^a ed., Milano 1955, vol. I, pag. 242, che afferma che la disposizione si applica sia nei confronti dello stato di cittadinanza come di quella di famiglia; in particolare, ricadrebbero nella competenza del tribunale, in virtù della disposizione in esame, anche le cause di incapacitazione, interdizione, riconoscimento di paternità e maternità, affiliazione, revocazione degli atti di stato civile, ecc.

(18) Cf. ANDRIOLA, *Commento*, cit., vol. I, pag. 57, 58.

(19) Per esempio, v. l'ordinanza della Corte di appello di Palermo, 21 agosto 1949 (in *Foro it.*, 1950, I, 128, con nota adesiva di CORRADI; in tema di competenza a decidere sulle nullità del decreto di adozione); nella fattispecie, si era impugnato un decreto di adozione, per nullità conseguente alla carenza del consenso del genitore naturale dell'adottato; la Corte ha ritenuto la esclusiva competenza del Tribunale a decidere sulla controversia, affermando che essa aveva per oggetto lo stato derivante dall'atto di adozione.

precisazione, la quale, invece, appare indispensabile nel processo amministrativo.

Ad ogni modo, la possibilità di attribuire all'espressione in esame un certo significato tecnico, discende dalla circostanza per cui con essa sono indicati, in modo, si potrebbe dire, tradizionale, alcuni status, e due figure tipiche di capacità.

Per quel che riguarda gli status, questi sono, sicuramente, gli status di carattere familiare; con meno sicurezza, lo stato di cittadinanza⁽²⁰⁾; sembra invece da escludere, il c.d. stato, o qualità di erede⁽²¹⁾.

Per quel che riguarda le capacità, esse sono, tipicamente, quella giuridica e quella di agire.

A questo proposito, si deve rilevare un fenomeno che, almeno per qualche aspetto, presenta delle analogie, peraltro, forse, solo apparenti, con quello già notato in precedenza in riferimento al concetto di status; e cioè, che l'espressione: questioni di capacità delle persone, è impiegata dal legislatore, in un significato, che prescinde in larga misura dalla nozione di capacità cui ci si riferisce usualmente in dottrina; infatti, spesso, almeno nella pratica, si parla anche di capacità di testare, di capacità di contrarre matrimonio, ecc.: si tratta di un fenomeno di moltiplicazione delle figure di capacità, il quale sembra del tutto irrilevante, in sede di esegesi della norma in esame; e, del resto, l'analogia col già rilevato fenomeno di moltiplicazione delle figure di status è, forse, solo apparente, giacché mentre nel caso degli status, tali figure possono essere ricomprese sotto una comune nozione dogmatica, avente natura omogenea,

(20) Mentre nel senso affermativo si è formata l'orientamento tradizionale, qualche voce contraria è stata sollevata nella dottrina del processo penale (v., in proposito: FASCINO, *Le pregiudiziali*, cit., pag. 121 ss., il quale, inoltre, aderisce alla tesi di gran lunga dominante; nello stesso senso, v., oltre alla opinione dello ZANUCCINI, citata, supra, alla nota 19, anche la sentenza del Consiglio di Stato, citata, alla nota 7).

(21) Sul punto, v., supra, pag. 446, 447.

non altrettanto pare che si possa dire, per quelle particolari figure di capacità, cui si è accennato (*).

(*) Per spiegare la considerazione di cui nel testo, è necessario valutare alcuni riferimenti sulle nozioni di capacità, i quali vengono riavvicinati in nota, per non appesantire eccessivamente il ragionamento principale.

La natura della capacità del soggetto, è dominata dalla distinzione tradizionale tra capacità giuridica e capacità d'agire; ora, per quanto tale distinzione sia del tutto pacifica, è da osservare che i caratteri dell'una e dell'altra figura siano assai incerti, tanto che si è potuto affermare che «... un'analisi soddisfacente del concetto di capacità, che pure è uno dei concetti giuridici fondamentali, ancora manca, e l'accordo che si è raggiunto su di esso non è che approssivo e forse soltanto verbale » (SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 180).

In particolare, si discute quali siano i più precisi contenuti della distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire e, correlativamente, non è pacifico se alcune situazioni giuridiche soggettive, e, in particolare, il potere, debbano essere ricollegate con la prima o con la seconda; a maggior ragione, è incerto anche il carattere di tale collegamento.

Una valutazione dei termini in cui si pone la problematica relativa al punto appare necessaria, per giustificare l'opinione, espressa nel testo, per cui quelle che si sono chiamate capacità speciali (di testare, di contrarre matrimonio, ecc.), le quali, cioè, si risolvono nella titolarità di un singolo potere, non possono essere considerate come capacità in senso tecnico.

L'aspetto saliente della capacità giuridica, è dato dal suo collegamento con la personalità; essa, infatti, più precisamente, «... è una misura della sfera in cui la personalità può esplicarsi... » (SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 180); v., anche: MARE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 40, che afferma che la capacità «... segna l'estensione della personalità »; precisando in tal modo il rapporto tra personalità e capacità giuridica, restano superate impostazioni dottrinali meno recenti, le quali erano orientate verso una identificazione delle due nozioni (v.: CUNEO, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen 1900, vol. I, pag. 37; KUNZE, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1906, vol. I, pag. 100).

Proprio sulla base del collegamento indicato, si può rilevare come, risolvendosi la personalità giuridica nella titolarità di situazioni giuridiche soggettive (cfr.: MARE, *Principi*, cit., pag. 39), la capacità giuridica è connessa, a sua volta, con tale titolarità; d'altro canto, configurando il potere come una autonoma situazione giuridica soggettiva, si dovrebbe arrivare de plano alla conseguenza che la capacità giuridica si riferisce alla titolarità dei poteri, non meno che a quella dei diritti soggettivi.

Senonché, tale conclusione non è pacifica, giacché i caratteri del potere, come situazione giuridica soggettiva, sono alquanto controversi, come già più volte abbiamo avuto occasione di accennare nel corso del presente lavoro.

Prendendo come punto di partenza quella nozione di potere giuridico, che è stata qui scelta, si deve rilevare come quest'ultimo, per costituendo una situa-

D'altra parte, per distinguendo tra stati, e capacità delle persone, non si possono cancellare le innegabili interferenze che sussistono tra i due concetti; e, soprattutto, si deve notare come la circostanza per cui il legislatore ha riunito in una unica disposizione i due termini, deve essere valutata come un indicio del significato che acquista, sotto il profilo che qui interessa, la parola « capacità »: ossia, quello di modo di essere, di una qualità di un soggetto; da ciò consegue che si deve escludere che nella espressione dell'art. 20, possano essere fatte rientrare le questioni le quali non concernono le capacità legali della persona, ma la sua c.d. capacità naturale, nelle ipotesi in cui questa acquista rilevanza, sotto il profilo della validità di determinati atti, posti in essere senza che questa esistesse al momento del compimento degli atti stessi (**).

Così precisati gli status, e le capacità delle persone, in relazione ai quali il legislatore ha disposto la speciale disciplina

zione giuridica soggettiva attiva, debba, non di meno, essere ricollegata alla capacità giuridica, e non alla capacità di agire (nel senso, in questo senso, v., soprattutto: SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 180, 190); quest'ultima costituisce il presupposto, per poter esercitare validamente i poteri, non meno dei diritti.

Costituendo un problema della massima delicatezza, la precisazione della relazione che intercorre tra il potere giuridico e la capacità giuridica; essa, comunque, è stata qui richiamata, non certo al fine di esaminare quali siano le possibilità di una sua soluzione, ma solo per far rischiarare come, per quanto la relazione tra capacità giuridica e potere sia assai stretta, essa, non di meno, non ha carattere di identità, giacché, al contrario, la prima è distinta dal secondo (v., soprattutto: SANTI ROMANO, *Frammenti*, pag. 180, 201).

Per quel che riguarda le c.d. capacità speciali, quelle, cioè, che si riferiscono alla titolarità di un determinato potere, il riferimento ad esse può qualificare il «... complesso delle condizioni che deve possedere chi nel capacità possiede... » (SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 191), condizioni, le quali sono diverse da quelle annessi alla capacità giuridica in senso generale; e tale capacità, proprio in relazione alla sua diversità di natura conseguente al suo immediato collegamento con la personalità, e al riferimento al complesso delle titolarità delle situazioni giuridiche attribuite al soggetto, può essere distinta dalle c.d. capacità speciali, le quali si pongono come presupposto di un singolo potere.

(**) In realtà, il problema della sussistenza della c.d. capacità naturale, non si pone mai in modo autonomo, ma si risolve sempre in quella della validità degli atti compiuti dal soggetto, in quella condizione che, si afferma, era di incapacità.

in esame, rimane ancora da chiarire quali siano le questioni, aventi tale oggetto, la cui cognizione, anche incidentale, è preclusa al giudice amministrativo; al riguardo, si deve osservare come sia assolutamente da escludere che possano essere considerate questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone, tutte le questioni, la cui soluzione venga comunque ad incidere, magari solo indirettamente, su tale oggetto; al contrario, l'espressione in parola ha un significato ben preciso, nel senso che essa si riferisce solo alle ipotesi, nelle quali si discute se un determinato individuo è titolare di uno degli status prima indicati, oppure possiede la capacità giuridica o d'agire.

Ad ogni modo, è da avvertire che l'ultimo comma dell'articolo 28 costituisce senza dubbio una disposizione di carattere eccezionale, in quanto deroga al principio generale della competenza del giudice della questione principale, anche sulle questioni pregiudiziali; l'interprete, nella esegesi di tale norma, perciò, deve tenere necessariamente conto di questo carattere di essa, adottando con la massima cautela soluzioni tendenti ad ampliare l'ambito di applicazione della norma stessa.

Comunque, raccogliendo le fila di quanto sin qui detto, si può tentare una enumerazione delle ipotesi di status e di capacità dei privati individui, la cui titolarità da parte di questi, se è contestata nel corso del processo amministrativo⁽¹⁴⁾, non può essere accertata dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 28; s'intende che tale enumerazione non ha la pretesa di essere esauriente:

⁽¹⁴⁾ È ovvio, che in tanto il giudice amministrativo non può accertare in via incidentale la titolarità, da parte di un determinato soggetto, di uno status, o di una capacità, in quanto le parti abbiano sollevato contestazione al riguardo; infatti, da un lato, almeno di regola, la questione relativa non è sollevabile d'ufficio, e, dall'altro, la preclusione di cui all'art. 28, ultimo comma, vale solo per le questioni pregiudiziali, ma il giudice amministrativo può benissimo porre a base del proprio ragionamento, come un nuovo punto pregiudiziale, una considerazione relativa ad uno status o ad una capacità del soggetto, la cui fondatezza sia controversa (in questo senso, v.: V sez., 12 dicembre 1952, n. 1395, in *Rest. giur. Cons. Stato*, 1952, I, 1839; cfr. anche: FORTI, *Questioni pregiudiziali di stato nel giudizio amministrativo*, in *Fato* it., 1942, III, 190).

a) secondo la giurisprudenza amministrativa, conforme, del resto, alla impostazione tradizionale, il primo degli status suddetti dovrebbe essere quello di cittadinanza⁽¹⁵⁾; se si accoglie questa tendenza, si deve escludere la competenza del Consiglio di Stato, a risolvere, anche incidentalmente, le questioni se un dato soggetto è cittadino italiano, oppure se è apolide, o cittadino straniero, e, in tal caso, nei limiti in cui questo possa interessare, di quale Stato. Seguendo questo ordine di idee, molto probabilmente si devono considerare sottoposte ad analoga disciplina le questioni concernenti concetti affini a quello di cittadinanza, come quello di nazionalità, per esempio; si devono ricordare, a questo proposito, quelle disposizioni speciali, concernenti le persone aventi la « nazionalità » italiana, i. e. d. cittadini non regnicoli, disposizioni le quali erano tutt'altro che rare nella legislazione meno recente, ma di cui si possono trovare tracce anche attualmente⁽¹⁶⁾:

b) i tipici status, nei confronti dei quali è stato dettato, soprattutto, l'art. 28, ultimo comma, sono quelli di carattere familiare; più precisamente, gli status che si ricollegano, nel

⁽¹⁵⁾ Cfr. questo caso, in cui il Consiglio di Stato ha applicato l'art. 28: la pubblica Amministrazione ha emesso un provvedimento di sequestro di determinati beni, perché appartenenti a cittadino straniero; questo, successivamente, chiede la revoca di tale provvedimento, ammettendo che questo era giustificato, perché essa aveva perso la cittadinanza italiana, in seguito a matrimonio con cittadino straniero, ma affermando di avere riacquisito in seguito la cittadinanza, per morte del marito, e con il concorso delle altre circostanze previste, e nel fine, della legge; la pubblica Amministrazione rifiuta la revoca, contestando che la cittadinanza italiana fosse stata effettivamente riacquisita; nel giudizio sulla legittimità di questo provvedimento, impegnato per travolgimento di fatti, è necessario esaminare, pregiudizialmente, se la ricorrente aveva effettivamente riacquisito la cittadinanza; in proposito, è sorta una questione pregiudiziale, la quale, è stato ritenuto, non poteva essere decisa dal Consiglio di Stato in via incidentale (IV sez., 22 dicembre 1942, in *Giur. it.*, 1943, III, 171).

È da ricordare, inoltre, che il Consiglio di Stato si è dichiarato incompetente, per l'art. 28 ult. comma, a decidere di una questione pregiudiziale, sorta nel corso del giudizio sulla legittimità di un provvedimento ministeriale, in materia di autorizzazione a contrarre matrimonio, questione vertente sulla nazionalità di un soggetto (IV sez., 29 luglio 1942, in *Fato* it., 1942, III, 194).

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 31, 2° comma Cost.

loro momento costitutivo, ai due rapporti fondamentali dell'ordinamento familiare: il matrimonio e la filiazione; in altre parole, le questioni di *status* familiare, che occorre qui considerare, sono quelle che concernono lo stato di coniuge, e, sembra, quelle relative alla separazione personale; inoltre, le questioni relative allo stato di figlio, nelle sue varie gradazioni: legittimo, legittimato, naturale riconosciuto.

Non sembra che possa essere valutato come uno stato, almeno sotto questo profilo, la posizione del figlio naturale non riconosciuto; si tratta, infatti, di una posizione, alla quale la legge attribuisce rilevanza solo in determinate ipotesi, del tutto marginali, in materia di successioni⁽⁷⁷⁾, senza che il figlio non riconosciuto possa vantare un proprio stato nell'ordinamento familiare.

Inoltre, non sembra che sia possibile ampliare la categoria degli *status* familiari nei cui confronti si deve applicare la disposizione in esame, in relazione ad altri gradi di parentela; o, per meglio dire, qualsiasi questione sul rapporto di parentela che può legare due soggetti, può essere sempre scomposta in una serie di questioni, concernenti rapporti di coniugio o di filiazione.

Per contro, rientrano nella previsione di cui all'art. 28 le questioni relative alla adozione e, sembra, all'affiliazione.

Per quel che riguarda la qualità di erede, pare doverci negare una sua rilevanza, sotto il profilo che qui interessa; nella dottrina civilistica, pur discutendosi sulla possibilità di valutare tale qualità come un vero e proprio *status*, la corrente dominante è orientata in senso negativo⁽⁷⁸⁾; ne viene di conseguenza che la *hereditatis petitio* non può essere considerata come una azione di stato, nel senso tecnico che a questa espressione deve

essere attribuito. D'altra parte, di questa tendenza si possono rinvenire tracce anche nella stessa dottrina processuale: è vero che talvolta la rivendica di eredità è esplicitamente enumerata tra le controversie, la cui competenza spetta al tribunale⁽⁷⁹⁾, ma si ha cura di chiarire che questa inclusione deriva non dalla qualificazione di tale azione come di una azione di stato, ma solo dalla circostanza che con essa si rivendicano anche diritti di natura non patrimoniale⁽⁸⁰⁾: si è già ricordato che l'art. 9 cod. proc. civ. riserva la cognizione anche delle controversie aventi per oggetto tale diritto, alla competenza inderogabile del tribunale. D'altra parte, non sembra che possano essere rinvenuti elementi, sulla base dei quali, nell'esegesi dell'art. 28 ultimo comma, sia necessario discostarsi dalle conclusioni alle quali è pervenuta la dottrina citata;

c) per quel che riguarda le questioni concernenti la capacità dei soggetti, si dovrebbe cominciare il discorso, con la questione vertente sul possesso, da parte del soggetto, della capacità giuridica; ma, poiché nel nostro ordinamento tutte le persone fisiche hanno tale capacità, non si vede come si possa configurare una ipotesi, in cui essa possa essere messa in discussione in modo autonomo, prescindendo, cioè, dalla questione della esistenza stessa della persona di cui si tratta.

Il problema della esistenza della capacità giuridica e, soprattutto, dei suoi limiti, può porsi, talvolta, solo in relazione a persone giuridiche, oppure ad enti la cui natura, sotto questo profilo, non è ben chiara: in tali casi, si può effettivamente discutere se la capacità giuridica esista, e in quali limiti; ma appare assai dubbio che la sottrazione alla cognizione, anche solo incidentale, del giudice amministrativo, delle questioni relative a stato e capacità delle persone, riguardi anche le persone giuridiche, e non solo le persone fisiche.

(77) Cir. un. 586, 593, 594 cod. civ.

(78) Cir. sul punto, l'ampia bibliografia citata da SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Torino, s.a., 1951, pag. 261, nota 30; per la soluzione negativa, v. soprattutto, oltre allo stesso SCHLESINGER (ivi): CICU, *Successioni per cause di morte*, Milano, 1951, pag. 227; ANTONI, *Commento, etc., cit.*, vol. I, pag. 58.

(79) Vedi: ZAPPALÀ, *Diritto processuale civile, cit.*, vol. I, pag. 283; ANTONI, *op. loc. cit.*

(80) ANTONI, *op. loc. cit.*

Non vi è dubbio, certamente, che, da un punto di vista strettamente dogmatico, si possa parlare di capacità, e di *status*, a proposito non solo delle persone fisiche, ma anche delle persone giuridiche; e, del resto, non si può affatto escludere a priori, che quelle norme del codice civile le quali tengono conto, ai fini dell'applicazione di una data disciplina, della costituzione in territorio nazionale od estero delle società commerciali, oppure del luogo dove è la sede dell'amministrazione, o dell'impresa^(*), considerino tali circostanze come dei meri indici di collegamento, oppure presuppongono un vero e proprio concetto di nazionalità delle società, e, quindi, più in generale, delle persone giuridiche, la quale, allora, apparterebbe alla categoria delle nazioni affini a quella cittadinanza^(**).

Ma, anche qui, si tratta di ricostruire la portata della disposizione in esame, prescindendo da ogni ampia costruzione dogmatica degli istituti cui essa si riferisce, e cercando di condurre l'esegesi nel modo più aderente possibile alla intenzione del legislatore: sotto questo profilo, sembra che si debba escludere che la preclusione di cui all'art. 28, ultimo comma, valga per le questioni di stato e di capacità delle persone giuridiche.

Un primo indizio in tal senso si può ricavare dalla stessa lettera della norma, la quale si riferisce ai « privati individui »: espressione, questa, la quale chiaramente è da ricollegarsi con le persone fisiche; ma gli argomenti di maggior peso, per pervenire ad analoga conclusione, possono essere tratti dalla stessa ratio della disposizione in esame: quale sia tale ratio lo si vedrà tra breve, ma fin da ora si può anticipare l'affermazione che, se si delinea il fondamento dell'art. 28, ultimo comma, secondo gli orientamenti accolti comunemente in dottrina, si deve ammettere, in base ad esso, che il Consiglio di Stato possa

(*) Cfr. artt. 2365, 2369 cod. civ.

(**) Cfr. per esempio, FRANCESCO FUSATO JR., il quale intitolò un capitolo della sua opera « Gli imprenditori e le società » (3ª ed., Milano 1952), alla « Nazionalità delle società » (pag. 421, 422).

risolvere incidentalmente le questioni pregiudiziali relative allo stato e alla capacità delle persone giuridiche.

In questo senso sono, del resto, alcune non frequenti e, purtroppo, apodittiche affermazioni dottrinali^(**), ed una recente soluzione giurisprudenziale^(***), la quale, peraltro, riguardava un punto non decisivo del giudizio^(***):

d) infine, la capacità di agire in base alla disposizione in esame, il giudice amministrativo non può risolvere incidentalmente le questioni concernenti la capacità di agire di una persona, e le sue eventuali limitazioni (ipotesi dell'inabilitato, e del minore emancipato).

Scorrendo l'enumerazione, sopra compiuta, delle questioni di stato e di capacità delle persone, alle quali dovrebbe essere applicato l'art. 28, ultimo comma, non si può non rilevare come sia assai difficile configurare comunque, e, cioè, indipendentemente da tale norma, un'ipotesi in cui la decisione di tali questioni possa essere fatta solo in modo incidentale.

Infatti, è vero, da un lato, che l'attribuzione di uno degli *status* o delle capacità precedentemente indicati, presuppone, rigidamente, la sussistenza di determinati presupposti di fatto: per esempio, una malattia mentale nell'ipotesi di interdizione; il fatto fisico della procreazione, nella ipotesi di riconoscimento di figlio naturale; la nascita da cittadini italiani, nell'ipotesi di attribuzione della cittadinanza, e così via; sembrerebbe, allora, che nella attribuzione degli *status* e delle capacità in parola, il ruolo decisivo fosse svolto dal verificarsi di tali presupposti, il quale potrebbe essere accertato principalmente in una controversia avente per oggetto la titolarità, da parte di una data persona, di uno *status*, o di una capacità, ma che potrebbe essere valo-

(**) Vedi: ZANUSSI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 211; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 522.

(**) Cass., sez. un., 18 ottobre 1956, n. 2484, in *Fare amm.*, 1957, II, 1, 111.

(***) Cfr. sul punto, le considerazioni che già abbiamo avuto occasione di svolgere, in nota alla sentenza citata (Osservazioni in tema di giurisdizione del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali, in *Fare amm.*, 1957, II, 1, 124).

tato anche *incidenter statum*, nel corso di un giudizio, avente tutt'altro oggetto; e sarebbe proprio questa valutazione, che l'art. 23, ultimo comma, precluderebbe al giudice amministrativo.

In realtà, però, nella grande maggioranza delle ipotesi precedentemente enumerate, il verificarsi di tali presupposti di fatto non comporta affatto l'attribuzione automatica all'individuo, dello status o della capacità di cui si tratta, ma è necessario, a tal fine, che venga emanato, da un determinato organo statale, un atto, avente efficacia costitutiva dello status, della capacità, e delle sue modificazioni.

Analizzando più da vicino il fenomeno, si può rilevare come questo atto possa avere diverso carattere; sotto questo profilo, perciò, le ipotesi precedentemente enumerate, possono essere classificate secondo un criterio diverso da quello sopra impiegato, e delimitato in relazione ai differenti caratteri dell'atto in parola.

Talvolta, questo atto ha la natura di una sentenza emanata dal giudice civile, a conclusione di un procedimento contenzioso: rientrano in questa ipotesi, soprattutto, i casi di riconoscimento giudiziale di paternità e di maternità, e taluni casi, nei quali una sentenza civile produce determinati effetti, che vengono ad incidere, comunque, su status di carattere familiare del soggetto; per esempio, la sentenza che pronuncia la separazione contenziosa tra coniugi.

Infine, devono essere accostati alla ipotesi in esame, il caso di accertamento della nullità del matrimonio: è vero che il legislatore parla, a questo proposito, di « nullità » del matrimonio, e perciò, a rigore, il provvedimento giurisdizionale dovrebbe avere natura meramente dichiarativa; in realtà, però, il ricorso all'autorità giudiziaria è regolato come una vera e propria impugnazione, da decidersi con sentenza che, almeno in qualche caso, ha natura costitutiva; e, ad ogni modo, da tutta la disciplina di tale impugnazione, risulta chiaro che il matrimonio può

essere impugnato solo *principaliter* in difetto della proposizione di un giudizio, avente tale oggetto, non sembra possibile che la nullità del vincolo possa essere rilevata solo incidentalmente.

La seconda ipotesi da ricordare, è quella in cui l'attribuzione, la modifica o l'estinzione di un determinato status, o capacità, può essere compiuta solo mediante un atto emanato dalla autorità giudiziaria ordinaria, il quale, però, conclude un procedimento non contenzioso, bensì di volontaria giurisdizione; gli esempi più cospicui inquadrabili in tale ipotesi possono essere individuati in materia di capacità di agire (interdizione, inabilitazione, emancipazione); di separazione personale non contenziosa, di adozione, affiliazione, etc. (**).

Infine, la terza ipotesi è quella in cui sugli status e sulle capacità in questione viene ad incidere un atto amministrativo; taluni casi di concessione della cittadinanza, casi del riconoscimento e della legittimazione di figlio naturale mediante decreto del Capo dello Stato.

Nelle tre ipotesi indicate, è evidente come lo status o la capacità, e le relative modificazioni ed estinzioni, non derivino automaticamente dal verificarsi dei presupposti di fatto cui essi sono collegati, ma, al contrario, trovino la loro fonte nell'atto che ha effetto costitutivo. Per tale ragione, la cognizione incidentale del verificarsi dei presupposti suddetti non può mai costituire autonoma rilevanza, per l'attribuzione di quegli status e di quelle capacità delle quali si discorre: per ottenere questo effetto, si dovrà, talvolta, adire l'autorità giudiziaria ordinaria, instaurando un vero e proprio processo civile; e se si volesse escludere che, in qualche caso, la relativa sentenza abbia natura

(**) Per la distinzione tra le azioni di stato, e i provvedimenti di volontaria giurisdizione riguardanti lo stato delle persone, v. RANIERI, *Del concetto di status e delle sue applicazioni nel diritto procedurale*, in *Studi storici*, 1915, pagina 176 m.

costitutiva, bisognerebbe sempre ammettere che si sarebbe in presenza di una di quelle ipotesi, in cui la legge prescrive che una determinata questione deve essere decisa in un autonomo giudizio. Altre volte, comunque, sarà necessario l'intervento della autorità giudiziaria in sede non contenziosa, oppure dell'autorità amministrativa.

In tutti questi casi, indipendentemente dal disposto dell'articolo 28, ultimo comma, non si vede come possa sorgere ed essere risolta in via puramente incidentale, una questione di stato o di capacità di persone: a rigore, poichè tali status e tali capacità derivano dall'atto statutale che si è detto, essi potrebbero essere messi in discussione, solo contestando l'esistenza, la validità, o l'autenticità di tale atto; ora, se si contesta l'esistenza di tali atti, la questione, evidentemente, può essere risolta solo con la produzione dell'atto di cui si tratta; se si contesta l'autenticità di questo, poichè esso è pubblico, si deve ricorrere, ovviamente, alla querela di falso, alla cui impossibilità di essere decisa in via incidentale, si è già accennato. Resterebbe, infine, il solo caso della contestazione della validità: ma, anche qui, si tratta di atti, la cui impugnazione è sottoposta a speciali discipline, secondo la loro natura di sentenza, di provvedimento di volontaria giurisdizione, o di atto amministrativo; sembra da escludere, perciò, anche sotto questo profilo, ogni possibilità di sindacato meramente incidentale.

In definitiva, la possibilità di applicazione della disposizione in esame a questioni, le quali, altrimenti, potrebbero essere decise incidentalmente dal giudice amministrativo, si ridurrebbero alla sola ipotesi, nella quale, al verificarsi di determinati presupposti di fatto, seguirebbe automaticamente l'attribuzione di uno degli status o capacità sopra indicati; ma, invero, non appare facile individuare casi del genere, giacchè, da un lato, tali status e tali capacità si riflettono, di regola, nei c.d. atti di stato civile, i quali, d'altro canto, almeno secondo parte della dottrina, avrebbero carattere costitutivo, o di condizione

di efficacia, o di fatto presuntivo dello status e della capacità (17); tutte concessioni, le quali sembrano escludere comunque la possibilità di un accertamento incidentale dell'attribuzione dello status o della capacità sulla base di un esame incidentale dei soli presupposti di fatto, cui esso è collegato.

Le considerazioni che precedono, possono acquistare rilevanza, per la valutazione della portata della disposizione che si esamina, ove si considerino le difficoltà che si incontrano, in sede di individuazione della ratio della disposizione stessa.

Di solito, si fa riferimento, a questo proposito, al carattere di delicatezza e di importanza della materia sulla quale si viene ad incidere, con decisioni su questioni di stato e di capacità delle persone; ma questo argomento non sembra soddisfare troppo, giacchè, se tali questioni hanno carattere meramente pregiudiziale, la loro soluzione rileva solo per la decisione della questione principale, senza acquistare una ulteriore rilevanza, per così dire, esterna al processo di cui si tratta, e senza passare, a maggior ragione, in cosa giudicata; per tali ragioni, in realtà, l'importanza e la delicatezza della questione pregiudiziale non può mai essere valutata in modo autonomo, ma, in definitiva, si identifica con la importanza e la delicatezza della stessa questione principale.

Questi dubbi e incertezze, sulla ratio della disposizione che si esamina, si ritrovano anche a proposito della analoga norma dettata per il processo penale, la quale, appunto, riserva anche qui al giudice civile la decisione di questioni sullo stato delle persone, escludendo, cioè, che esse, quando si presentano come pregiudiziali nel processo penale, possano essere risolte dal giudice penale in via incidentale (18); ed è molto notevole che nella

(17) Cfr. sul punto per una esposizione ed una valutazione critica delle varie teorie: ARRANO, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1940, pag. 1 ss.

(18) Art. 19 cod. proc. pen. Da notare, che questa norma dispone la obbligazione sospensione del processo penale, e la necessità della decisione in via principale della questione di stato, da parte del giudice civile, solo quando tale

trattazione più completa ed approfondita del fenomeno della pregiudizialità nel processo penale, si sia escluso che la ratio della disposizione in esame possa essere rinvenuta in considerazioni del genere di quelle cui si è sopra accennato, adottando, invece, una soluzione la quale è senz'altro orientata verso una tendenza sostanzialmente da accogliersi: e cioè, che tali questioni non possono essere decise dal giudice diverso da quello civile, non già per motivi attinenti direttamente alla competenza, ma perchè esse devono essere risolte in un autonomo giudizio e con forza di giudicato⁽¹⁷⁾; ritorna, così, la solita prevalenza del profilo dell'efficacia della decisione, rispetto a quello della competenza; ed il primo domina tutto il fenomeno della pregiudizialità, assorbendo il secondo completamente, come si è visto più volte.

Nella valutazione di una affermazione del genere, però, è necessario procedere con molta cautela: infatti, se si sostiene che le questioni di stato e di capacità delle persone devono essere decise sempre *principaliter*, questa considerazione si presenta, evidentemente, con un carattere di assolutezza, che prescinde dal tipo di processo, in cui tali questioni sorgono; per tale ragione, essa deve valere anche nel processo civile.

Ora, è indubbio, che neppure il giudice civile possa decidere solo *incidenter tantum*, la maggior parte delle questioni di stato e di capacità; ma, anche senza compiere una analisi dettagliata sul punto, la quale, in questa sede, sarebbe inopportuna, si può rilevare come in taluni casi, la possibilità di una cognizione del genere non possa essere esclusa⁽¹⁸⁾; e questi casi

questione si presenti come pregiudiziale rispetto a quella della esistenza del reato; non vi sarebbe luogo a sospensione, quindi, quando la questione di stato presenti una diversa rilevanza; per esempio, quando dalla sua soluzione sia condizionata la concessione di una attenuante, o l'applicazione di una aggravante: in questi, come negli altri casi del genere, il giudice penale potrebbe risolvere incidentalmente la questione di stato; cfr., sul punto: FASCINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 52 ss., 716 ss.

(17) FASCINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 116, 117.

(18) Cfr. in questo senso: ATTARDI, *Efficacia giudiciale*, etc., cit., pag. 47 ss.,

devono essere inquadrati, appunto, nella ipotesi prima delineata, nella quale lo status e la capacità consegnano automaticamente, al verificarsi di determinati presupposti di fatto.

Per tale ragione, se si afferma che, in via assoluta, il giudice amministrativo (e penale) non possono risolvere, *incidenter tantum*, nessuna delle questioni di stato e di capacità, si viene ad ammettere che questa preclusione è più ampia di quella disposta per il giudice civile, che essa non può avere per fondamento l'esigenza che tali questioni vengano decise *principaliter*; che essa, al contrario, deve essere ricollegata direttamente alla discriminazione di giurisdizioni, in modo del tutto anomalo, giacchè questa dovrebbe riferirsi al solo oggetto del giudizio, e non riguardare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali; che, infine, tale preclusione deve basarsi su ragioni le quali, come si è detto, sono definibili solo in modo assai incerto.

A queste conclusioni, si deve arrivare inevitabilmente se si accoglie l'impostazione della comune dottrina, la quale interpreta l'art. 28 ultimo comma, nel senso di attribuire l'ampia portata accennata, alla preclusione della cognizione incidentale delle questioni di stato e di capacità, applicandola a tutte le questioni del genere.

Per le incertezze e i dubbi, che riguardano il fondamento sistematico di questa interpretazione, crediamo, però, che l'esgesi della lettera della disposizione in esame debba essere con-

il quale afferma, in generale, che le questioni pregiudiziali di stato possono essere risolte incidentalmente.

Da notare, come in alcuni casi anomali, il giudice civile, in procedimenti non contenziosi, può risolvere questioni di stato, in via che si direbbe incidentale, se tale termine potesse essere applicato in casi così particolari; v., per es., gli artt. 2 e 3 L. 19 gennaio 1942, n. 13, sull'adeguamento dell'imposta di successione alle quote ereditarie spettanti ai figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili; i figli naturali non riconosciuti e non riconoscibili, il cui rapporto di filiazione col padre cuius risulta nel modo del n. 3 dell'art. 179 cod. civ., possono godere di particolari aliquote di imposta, sulla base di un decreto del tribunale che accerti il rapporto suddetto; tale decreto viene pronunciato in camera di consiglio, in seguito ad istruttoria priva di formalità.

datta più restrittivamente, accogliendo quella soluzione, che definisce la portata della norma in modo puntualmente corrispondente a quella ratio di essa, che appare sicuramente accertata; quella soluzione, cioè, per cui al giudice amministrativo è preclusa la cognizione incidentale, di quelle sole questioni di stato e di capacità delle persone (e sono, peraltro, di gran lunga, le più numerose ed importanti), le quali, in ogni caso, devono essere decise in un autonomo giudizio; seguendo questa tendenza, si evitano, tra l'altro, alcune conseguenze assurde, cui porterebbe inevitabilmente la diversa opinione; per esempio, questa: se sorge una questione pregiudiziale sulla capacità di agire di una persona, in quanto è contestato se essa, in un determinato momento, avesse compiuto o meno la maggiore età, interpretando l'art. 23 nel modo più ampio, si dovrebbe ammettere che il giudice amministrativo non può risolvere tale questione, sulla base delle risultanze anagrafiche.

Questa soluzione può essere ulteriormente rafforzata, con alcune considerazioni che si possono svolgere in relazione ad una ipotesi, nella quale questione di stato e impugnazione dell'atto amministrativo coincidono: essa si verifica nei casi, sopra visti, nei quali un determinato status viene costituito con atto amministrativo.

Il caso che è stato sottoposto al giudice amministrativo è quello della impugnazione di un provvedimento, col quale è stato negato il riconoscimento di un figlio adulterino; ora, è evidente che nella fattispecie è assolutamente inapplicabile l'art. 23 ultimo comma, giacchè, anzitutto, se si vuole identificare la questione della legittimità dell'atto, che costituisce lo status, con la questione di stato⁽⁷⁹⁾, non vi è dubbio che la questione di stato non si presenta come pregiudiziale, ma, al contrario, è l'oggetto stesso del giudizio: e non si vede come possa essere discono-

sciuta la competenza del giudice amministrativo, a conoscere della legittimità dell'atto in questione⁽⁸⁰⁾.

(79) Come è noto, infatti, il codice civile dispone che il riconoscimento del figlio adulterino, in una determinata ipotesi, possa avvenire solo mediante decreto del Capo dello Stato, sia pure sulla base di una dichiarazione del padre naturale (art. 212, 3° comma, cod. civ.); v. anche i successivi artt. 230 e., sulla legittimazione di figli per decreto del Capo dello Stato.

In tale ipotesi, il decreto del Capo dello Stato, secondo la dottrina dominante, ha effetto costitutivo dello status, e non è solo condizione di efficacia del riconoscimento operato dal genitore (v. per tutti: MONTAN, *Manuale*, cit., vol. II, pag. 114; cfr. anche: CATTOL, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1910, pag. 91; SEVERO PASTORATI, *Riconoscimento per decreto reale e legittimazione per successione accintiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 70; v. anche, loc. cit. la citazione dell'opinione di CATTOL); ed si trova in presenza, perciò, di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, col cui esercizio si costituisce una situazione giuridica soggettiva e tale esercizio è parzialmente vincolato, in quanto la legge prescrive la sussistenza di determinati presupposti, taluni di carattere sostanziale (soprattutto: il fatto reale della filiazione), altri di carattere formale (per esempio, il potere del Consiglio di Stato); in genere, per la procedura da seguire, v. l'art. 24 disp. attuazione cod. civ.; (per l'esame dei presupposti del decreto del Capo dello Stato, v.) DAZZI, *Della filiazione*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio e Finzi*, Libro I (Parione e famiglia), pag. 141, 142; per altro verso, però, l'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione è largamente discrezionale, in quanto è basato, comunque, sull'apprrezzamento della sussistenza di procedure al riconoscimento; dati questi caratteri di tale esercizio, è evidente che l'atto amministrativo col quale viene dato corso ad una impugnazione di giudizio amministrativo, almeno secondo il criterio di distinzione di giurisdizione accolto dalla giurisprudenza (v., infatti, in questo senso: IV sez., 5 marzo 1911, in *Foro it.*, 1911, III, 97; cfr. anche: IV sez., 22 settembre 1913, loc. cit. 1913, III, 211; per una serie di possibili motivi di impugnazione del decreto del Capo dello Stato, v.) *Foro it.*, 1911, III, 97).

La stessa decisione della IV sez. 5 marzo 1911, peraltro, però, alla stessa conclusione, sulla base di un diverso ragionamento; tale decisione, infatti, opera una distinzione tra status, aventi il carattere di diritto soggettivo perfetto, e status, aventi, invece, il carattere di interesse legittimo, e nota come la disposizione che riserva alla cognizione del giudice civile le questioni di stato, si ponga come eccezione al principio generale, per il quale il giudice amministrativo può conoscere di questioni pregiudiziali relative a diritti soggettivi; perciò, tale riserva opera di questioni pregiudiziali relative a diritti soggettivi perfetti, mentre non riguarderebbe gli status aventi il carattere di interesse legittimo, la cui disciplina andrebbe riservata non nell'art. 23, ma nel criterio generale di distinzione della giurisdizione amministrativa da quella civile; questo ragionamento della giurisprudenza amministrativa da quella civile; questo ragionamento non pare del tutto convincente, giacchè è fondata sulla distinzione tra status-diritto soggettivo e status-interesse legittimo, la quale non può essere accolta; infatti, come già si è visto precedentemente, lo status ha il carattere di situazione

(80) In questo senso, v. la decisione del Consiglio di Stato citata nella nota seguente.

Da ciò consegue che le questioni di stato non sono di per sé, una materia che non può essere considerata dal giudice amministrativo, giacché, anzi, in certe ipotesi, è proprio questo, e non il giudice civile, che può decidere su di essa: per questa ragione, si deve escludere che la preclusione di cui all'art. 23, ultimo comma, possa ricollegarsi alla disciplina della competenza per materia; allora, anche per questa strada, si ritorna alla stessa conclusione, e cioè che la disposizione in esame è basata sulla circostanza che, normalmente, le questioni di stato devono essere decise *principaliter*, e non *incidenter*; con l'ovvia conseguenza che, ove la decisione *incidentale* sia possibile, non vi è motivo per negare che essa possa essere presa dal giudice amministrativo.

Infine, occorre svolgere alcune brevissime considerazioni, sull'ultima parte del terzo comma dell'art. 23, la quale dispone che il giudice amministrativo può conoscere della questione della capacità di stare in giudizio della parte.

In proposito si può notare come la capacità di stare in giudizio corrisponde, sul piano processuale, alla capacità di agire, che ha rilevanza sostanziale: in questo senso è la nota impostazione di CHIOVENDA⁽¹⁾; si può dubitare, però, che la capacità

giuridica soggettiva autonoma la quale, come tale, non è riducibile né a diritto soggettivo, né a interesse legittimo; che, anzi, il carattere prevalente della stessa, è definibile in relazione alla circostanza, per cui essa costituisce il presupposto, per la titolarità di tutta una serie di altre situazioni giuridiche soggettive, del tipo di diritti, poteri, interessi, ecc.

A ben guardare, nell'impostazione del dialogo di riconoscimento di figlio adottivo, quel che acquista la rilevanza di primo piano, non è la stessa, in quanto tale, di figlio riconosciuto, ma, che deriverebbe dall'atto di riconoscimento, bensì la posizione che ha il soggetto, di vedersi attribuito tale status: ed è nei confronti di questa posizione, che è possibile applicare la distinzione, tra diritto soggettivo e interesse legittimo: poiché di fronte ad essa, sta un potere, per di più discrezionale, della pubblica Amministrazione, non pare dubbio che, in base agli ordinari criteri di discriminazione di giurisdizione, il giudice amministrativo sia competente a conoscere in via principale, della legittimità dell'esercizio di tale potere.

(1) Secondo CHIOVENDA, si dovrebbe operare, anzitutto, la distinzione tra capacità di essere parte e capacità di stare in giudizio: si tratterebbe di due figure,

di stare in giudizio costituisca una vera e propria capacità, in senso tecnico, del soggetto: sembra, infatti, che tale capacità si risolva, in definitiva, in un semplice aspetto della generica capacità di agire, il quale si riferisce, propriamente, all'esercizio del potere di adire l'autorità giurisdizionale; e come si è escluso che abbiano il carattere di capacità in senso tecnico, quelle c.d. capacità speciali, le quali si ricollegano con la capacità giuridica, e attengono, in definitiva, alla titolarità di un solo potere, così si deve negare lo stesso carattere anche alle mere possibilità di esercizio di singoli poteri, le quali sono da ricollegarsi con la capacità di agire nel suo complesso.

Le ragioni, che hanno spinto il legislatore a disporre esplicitamente una disciplina dell'accertamento della c.d. capacità di stare in giudizio, che sembrerebbe speciale, rispetto a quella della generica capacità di agire, sono da ricercarsi in relazione al principio generale, per cui ogni giudice, almeno di regola, può esaminare la sussistenza dei presupposti, al cui verificarsi è vincolata l'esplicazione della propria funzione nel merito della domanda; e non vi è dubbio che la capacità di stare in giudizio costituisca uno dei c.d. presupposti processuali, intendendo quest'espressione in un significato molto lato.

Per tale ragione, sembra che, molto probabilmente, anche se la norma avesse taciuto sul punto, l'interprete sarebbe dovuto arrivare ugualmente all'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione incidentale sulla sussistenza della capacità in parola.

In conclusione, sembra che l'intero terzo comma dell'arti-

di carattere processuale, le quali corrisponderebbero, rispettivamente, alle due figure di carattere sostanziale, della capacità giuridica, e della capacità di agire (Principi, cit., pag. 583 ss., 588 ss.); questa impostazione è stata accolta sostanzialmente dalla dottrina posteriore (cfr.: CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., vol. II, pag. 230 ss.; ROBERTI, *Diritto processuale*, cit., vol. I, pag. 157 ss.; ZANUCCI, *Diritto processuale*, cit., vol. I, pag. 133, 134; LUDOVIC, *Manuale*, cit., vol. I, pag. 132), per quanto, di recente, la distinzione tra capacità di essere parte e capacità di agire sia stata vivacemente criticata da un insigni processualista (SERRA, *Diritto processuale*, cit., pag. 71).

colo 28, abbia una portata normativa del tutto nulla, in quanto l'intera disciplina in esso contenuta, nei suoi diversi punti, è interamente ricavabile sfianche, in base ai principi che reggono il fenomeno della pregiudizialità; rimane così confermata l'affermazione precedentemente avanzata, secondo la quale la concreta disciplina della pregiudizialità nel processo amministrativo, è meramente consequenziale a tali principi. *✓*

32. I lineamenti che si sono attribuiti al fenomeno della pregiudizialità, comportano, come si è visto, lo svincolamento di questo, dalla interferenza di competenze tra organi giurisdizionali diversi; da ciò consegue che si possono considerare pregiudiziali, sia pure solo in senso logico, le questioni, antecedenti a quella c.d. principale, la quali non possono mai costituire un autonomo oggetto del giudizio; non solo, ma si devono valutare come questioni pregiudiziali in senso tecnico, anche quelle questioni le quali, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadono nella competenza del giudice della causa principale ⁽⁷⁷⁾.

Applicando queste considerazioni al processo amministrativo, risulta che anche le questioni che sorgono in tale processo, ponendosi come antecedenti logici della decisione finale, le quali abbiano per oggetto la legittimità di un atto amministrativo, diverso da quello impugnato, costituiscono delle pregiudiziali in senso tecnico. È evidente, che questo lavoro non può concludersi, senza lo svolgimento di alcuni rilievi concernenti questa ipotesi.

Si può notare, anzitutto, come anche nel caso in cui l'accertamento della legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, si ponga come pregiudiziale all'accertamento della legittimità di quest'ultimo, tale nesso di pregiudizialità processuale può riflettere un nesso di carattere sostanziale; e

ciò, quando la legittimità, o la illegittimità, del primo atto, costituisca condizione di legittimità del secondo; non si può escludere la possibilità, però, che, secondo i consueti schemi, la pregiudizialità processuale non trovi riscontro sul piano sostanziale.

Volendo indicare alcuni esempi dell'ipotesi che si esamina in questo paragrafo, si può accennare al caso in cui si impugni un provvedimento di annullamento d'ufficio di altro atto amministrativo, e il motivo di ricorso sia costituito dalla carenza di presupposto, in quanto questo secondo atto sarebbe stato pienamente legittimo; in questo caso, la illegittimità di questo atto, è condizione di legittimità del provvedimento del suo annullamento, e, corrispondentemente, sul piano processuale, l'accertamento di tale illegittimità, costituisce questione pregiudiziale, rispetto all'accertamento della legittimità dell'atto di annullamento; ed analogamente si dovrebbe ragionare, nel caso in cui si impugni il provvedimento col quale l'Amministrazione si rifiuta di annullare d'ufficio un atto non tempestivamente impugnato, motivando in riferimento alla legittimità di questo ⁽⁷⁸⁾.

È evidente come, in casi del genere, il giudice amministrativo possa pienamente sindacare la legittimità dell'atto diverso da quello impugnato, senza incontrare preclusioni, a meno che la valutazione di tale legittimità non abbia già costituito oggetto di un autonomo giudizio, conclusosi con una decisione passata in giudicato.

È parimenti evidente, che non si potrebbe contestare tale potere al giudice amministrativo, sulla base della nota giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale nega, comunque, la possibilità del sindacato suddetto; e ciò, perchè questa giurisprudenza si ricollega all'affermato divieto per il giudice amministrativo, di disapplicare atti amministrativi diversi da quello impugnato, mentre, al contrario, nei casi sopra esemplificati, la legittimità o la illegittimità dell'atto non impugnato acquista rile-

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Tan. 24 *cod. proc. civ.*

⁽⁷⁸⁾ Per una simile fattispecie v. IV sez., 18 maggio 1956, n. 527, in *Foro amm.*, 1956, I, 1, 458.

varia, per così dire, solo come fatto storico, senza che valga per nulla l'istituto della disapplicazione.

Con questa ultima considerazione, però, si è toccato un problema di grande delicatezza, il quale presenta notevoli interferenze con quello della pregiudizialità, nell'ipotesi di questa ora in esame: il problema della disapplicabilità da parte del giudice amministrativo, di atti amministrativi illegittimi diversi da quello impugnato.

Non vi è dubbio, che la principale ragione, per cui la dottrina, in sede di precisazione dei caratteri della pregiudizialità, trascura di considerare il caso in cui la questione pregiudiziale, valutata come autonomo oggetto del giudizio, appartenga comunque alla competenza del giudice amministrativo, è costituita dalla nozione stessa del fenomeno della pregiudizialità, che di solito è accolta; quella nozione, cioè, che fa perno sulla interferenza di competenze di organi giurisdizionali diversi.

Sembra innegabile, però, che la scarsa considerazione dell'ipotesi di questione pregiudiziale che adesso si esamina, sia dovuta, oltre al motivo suddetto, anche alla circostanza che il problema è confuso con quello della disapplicazione degli atti amministrativi, considerando come questione pregiudiziale del tipo in parola, la questione della disapplicabilità di un atto diverso da quello impugnato, la quale è, o dovrebbe essere, compiuta *incidenter tantum* dallo stesso giudice amministrativo.

Che i due fenomeni, viceversa, debbano essere tenuti accuratamente distinti, parrebbe già chiaro, sulla base di quegli esempi, sopra indicati, di questioni pregiudiziali, le quali concernono la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, senza, peraltro, involgere minimamente il problema della sua disapplicazione; ma le interferenze tra i due fenomeni presentano tanta rilevanza, da consigliare un approfondimento dell'analisi dei reciproci rapporti, per poter meglio individuare, non solo le analogie apparenti, che portano alla loro confusione, ma anche, e soprattutto, i caratteri della loro distinzione.

Come è noto, la dottrina amministrativistica più recente dedica molta attenzione al problema della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi⁽¹⁰⁷⁾; ovvìa ad che cosa si intenda per disapplicazione di tali atti, e, perciò appare del tutto superfluo entrare nei dettagli dell'istituto, e tratteggiare la ben conosciuta evoluzione dottrinale, la quale, partendo dal riferimento alla disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, da parte del giudice ordinario, che è contenuta nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ha portato alla costruzione di una nozione di inapplicabilità dell'atto illegittimo, la quale avrebbe un carattere sostanziale, prima ancora che processuale⁽¹⁰⁸⁾.

Del resto, l'aspetto del fenomeno in esame che assume maggiore interesse in questa sede, è quello concernente l'attribuzione anche al giudice amministrativo, sia pure in vario senso limitata, di un potere analogo al potere del giudice ordinario.

Un'attribuzione del genere parrebbe, a prima vista, assai problematica; infatti, la possibilità concessa al giudice ordinario, di non tener conto di un determinato atto amministrativo illegittimo, ai fini della ricostruzione del regolamento di una concreta fattispecie, è strettamente connessa al divieto, imposto allo stesso giudice, di annullare tale atto, e, anzi, essa appare come la diretta conseguenza di questo⁽¹⁰⁹⁾; per tale ragione, il rilievo per cui il giudice amministrativo ha, istituzionalmente,

(107) Oltre alla monografia di CANNATA BARTOLI, già più volte citata, v. la bibliografia che già abbiamo avuto occasione di indicare in queste Osservazioni sulla impugnazione, *etc.*, cit., pag. 319 n. 2; per la dottrina posteriore, v. tra gli altri: CANNATA BARTOLI, In tema di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria: altri; CANNATA BARTOLI, In tema di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria: altri; CANNATA BARTOLI, Atti amministrativi discrezionali e disapplicazione in giudizio, *ibid.*, II, 1, 171; e di disapplicazione degli atti amministrativi, in *Foro amm.*, 1956, II, I, 171; CANNATA BARTOLI, Atti amministrativi discrezionali e disapplicazione in giudizio, *ibid.*, II, 1, 163; DAG. FIGI, Osservazioni sui limiti del sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria ordinaria sugli atti amministrativi, con particolare riferimento al vizio di eccesso di potere, in *Giur. it.*, 1957, II, 17; FASCIONE, Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 337 ss.

(108) In questo senso, v., soprattutto: CANNATA BARTOLI, L'inapplicabilità, *etc.*, cit., pag. 65.

(109) Cfr., le considerazioni che si sono già svolte in queste Osservazioni sulla impugnazione, *etc.*, cit., pag. 319, e la letteratura ivi citata.

il potere di annullamento degli atti della pubblica Amministrazione, sembrerebbe equivalere alla negazione, in ordine, della possibilità di tale giudice, di disapplicare quegli atti, che egli stesso può annullare.

Invero, non appare dubbio che i provvedimenti, mediante i quali il giudice amministrativo tutela l'interesse del ricorrente, non possono non avere, per definizione, il carattere di annullamento dell'atto impugnato; ma anche a prescindere dalla natura della giurisdizione amministrativa, non si vede, d'altro canto, come la domanda di disapplicazione di un atto illegittimo possa essere rivolta in via principale, e non in via incidentale; anche per questa ragione, quindi, appare inconcepibile che il soggetto leso da un atto dell'Amministrazione, adisca il giudice amministrativo, limitandosi a chiedere la disapplicazione di tale atto, e non il suo annullamento.

Una notevole corrente dottrinale, però, pur non disconoscendo la incontrovertibilità delle considerazioni che precedono, si è dichiarata in senso favorevole alla attribuzione al giudice amministrativo, almeno in qualche ipotesi, del potere di disapplicare un atto amministrativo illegittimo⁽¹⁷¹⁾; e gli ultimi rilievi sopra svolti indicano chiaramente su quale base tali ipotesi possono essere individuate,

(171) Cfr. gli autori che si sono già citati in Osservazioni sulle impugnazioni, etc., pag. 311, nota 182, e lo parole di STANA, riportate da CANNARA BARTOLA all'inizio della sua monografia.

E contraveniva, peraltro, il fondamento del potere di disapplicazione degli atti illegittimi, che dovrebbe essere attribuito, in via generale, ad ogni giudice; è evidente che, se si costruisce la inapplicabilità sul piano sostanziale, secondo l'impostazione di CANNARA BARTOLA, bisogna ammettere che essa vale nei confronti di qualsiasi organo giurisdizionale (per questa esplicita affermazione v., appunto: CANNARA BARTOLA, *L'inapplicabilità*, cit., pag. 192); talvolta, però, si è affermato che il principio in parola è contenuto implicitamente già nel nostro sistema costituzionale (vedi: GUARINO, *Profilo costituzionale amministrativo e processuale delle leggi per l'adozione piena e per la riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, II; contro: CANNARA BARTOLA, *L'inapplicabilità*, cit., pag. 9 ss.; *Recenti interpretazioni dell'art. 1 della legge sul contenzioso amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 134).

Senza dubbio, la disapplicazione nel processo amministrativo, come, del resto, in quello civile, non può non avere carattere incidentale; per tale ragione, la disapplicazione, nel caso che ci interessa, non può mai riguardare l'atto amministrativo impugnato, ma un diverso atto, la cui esistenza condiziona, positivamente o negativamente, l'atto impugnato.

Tale considerazione richiama subito la nozione di procedimento; e, in realtà, il maggior numero di fattispecie, nei confronti delle quali si può pensare che possa soccorrere l'istituto della disapplicazione, riguardano atti, i quali procedono, in una serie procedimentale, l'atto impugnato; non tutti i casi del genere, però, sono necessariamente connessi con la nozione di procedimento; una precisazione della portata di una connessione del tipo non può essere qui compiuta, anche perchè i risultati cui si potrebbe pervenire in proposito, appaiono troppo strettamente condizionati da quel concetto di procedimento che si sceglie; comunque, almeno un caso sembra acquistare una rilevanza autonoma: ossia, quello in cui l'atto impugnato costituisce applicazione di una disposizione regolamentare illegittima, ripetendo da questa, perciò, la propria illegittimità⁽¹⁷²⁾.

Come è noto, la giurisprudenza, ormai consolidatissima, nega comunque che il giudice amministrativo possa disapplicare atti amministrativi illegittimi, affermando che egli può solo annullarli; secondo questo orientamento, cioè, il privato non potrebbe mai limitarsi alla richiesta di disapplicazione di un atto amministrativo, la cui esistenza condiziona la legittimità dell'atto impugnato, ma dovrebbe sempre chiedere il suo annullamento; e, corrispondentemente, il giudice amministrativo, in ipotesi del genere, non dovrebbe limitare l'esercizio del proprio potere di annullamento al solo atto che lede l'interesse del ricorrente, ma dovrebbe annullare anche tutti gli altri atti, i quali condizionano la legittimità di quest'ultimo.

(172) Su questo problema, v. le considerazioni già svolte in nostre: *Osservazioni sulle impugnazioni*, etc., cit., pag. 317 ss., 346 ss.

Questa impostazione, in realtà, lascia piuttosto perplessi; e la fonte di tali perplessità, può essere individuata nel dubbio che essa rechi una petizione di principio; tale impostazione, infatti, si basa sul presupposto, di per sé esattissimo, per cui non è possibile la coesistenza del potere di disapplicazione, e del potere di annullamento; ossia, nei casi nei quali il giudice amministrativo può annullare, egli non può disapplicare.

Sulla base di questa considerazione, la giurisprudenza prosegue, rilevando che il giudice amministrativo ha, istituzionalmente, il potere di annullare, in via generale, gli atti amministrativi illegittimi; perciò, conclude, egli non può avere, in via generale, il potere di disapplicare; ora, è proprio l'affermazione che il giudice amministrativo, potendo annullare non può disapplicare, che è data per incontrovertita, mentre, al contrario, dovrebbe essere dimostrata: infatti, non appare peregrino il dubbio che il Consiglio di Stato non possa annullare ogni e qualsiasi atto amministrativo, la cui legittimità acquisti rilevanza, comunque, nel processo amministrativo, ma che al contrario, il potere di annullamento possa essere esercitato solo in relazione a quegli atti, i quali incidano direttamente nella sfera giuridica del ricorrente; se così fosse, conseguirebbe *de pleno*, che in tali casi, gli atti i quali non hanno questa incidenza, ma, unicamente, condizionano la legittimità dell'atto impugnato, possano essere disapplicati; e, anzi, possano essere solo disapplicati.

Il dubbio indicato trova origine nella stessa natura della giurisdizione amministrativa; infatti, ove a questa si attribuisca il prevalente carattere soggettivo, come, del resto, afferma la dottrina ancor oggi dominante, si dovrebbe ammettere che la funzione istituzionalmente affidata al giudice amministrativo deve essere esercitata in relazione alla tutela della situazione giuridica del ricorrente; ossia, si dovrebbe affermare che il giudice amministrativo può annullare gli atti amministrativi illegittimi solo in quanto essi incidano direttamente su tale situazione giuridica; ogni allargamento della sfera in cui questo potere può

essere esercitato, dovrebbe comportare uno spacciamento della funzione in esame, dalla tutela della situazione del ricorrente, e la funzione stessa apparirebbe strettamente legata al fine di reprimere l'attività amministrativa illegittima, in quanto tale; in altre parole, tale allargamento costituirebbe un argomento, di peso non indifferente, a favore di una concessione strettamente oggettiva della giurisdizione amministrativa stessa⁽¹¹⁰⁾; e ciò, specie se si considerino i casi, in cui l'atto non direttamente lesivo dell'interesse del ricorrente ha carattere generale, o, addirittura, normativo, come il regolamento⁽¹¹¹⁾.

Dalle considerazioni che precedono, risulta che il problema della ammissibilità di una disapplicazione di atti non impugnati nel processo amministrativo, deve essere impostato su termini assai ampi; pare, comunque, che le argomentazioni comunemente addotte dalla giurisprudenza a favore della soluzione negativa, non abbiano una portata decisiva⁽¹¹²⁾.

Ad ogni modo, non interessa, in questa sede, analizzare la fondatezza di una tendenza giurisprudenziale ormai così consolidata, da rendere la tesi accolta pressappoco impermeabile a qualsiasi critica dottrinale; e, del resto, non si saprebbe cosa aggiungere ai rilievi già altrove svolti⁽¹¹³⁾, e, soprattutto, agli ar-

⁽¹¹⁰⁾ Per questa implicazione, v. già nostre: Osservazioni sulla impugnativa, etc., cit., pag. 350 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cf. nostre: Osservazioni sulla impugnativa, etc., cit., pag. 351, 354.

⁽¹¹²⁾ Come è noto, infatti, la giurisprudenza si basa molto sulla considerazione per cui, se il ricorrente potesse chiedere la disapplicazione di un atto, che non è più impugnabile per decorso del termine, si risulterebbe, in definitiva, il principio che sancisce la perentorietà del termine stesso; ora, questo ragionamento può valere, tutt'al più, nei casi in cui l'atto da disapplicare fosse idoneo, di per sé, a provocare una lesione dell'interesse del soggetto, tale da legittimare la proposizione immediata di un ricorso giurisdizionale; se, invece, sulla base dello stesso ragionamento, si vuole fondare la generale impossibilità, per il giudice amministrativo, di procedere alla disapplicazione di un atto non impugnato, si cade in una petizione di principio; è infatti da dimostrare che possa essere, o, addirittura, che potesse essere impugnato autonomamente l'atto di cui si chiede la disapplicazione incidentale.

⁽¹¹³⁾ Cf. nostre: Osservazioni sulla impugnativa, etc., cit., pag. 319 ss.

ponenti e al vigore con cui è già stato combattuto l'orientamento del Consiglio di Stato⁽¹⁰⁷⁾.

Qui, infatti, interessa solo chiarire la portata della distinzione che si deve comunque tracciare tra disapplicazione dell'atto non impugnato, e soluzione di una questione pregiudiziale, vertente sulla legittimità di questo; come corollario di questa distinzione, risulterà anche che il divieto di disapplicazione, che dovrebbe essere imposto al giudice amministrativo, non coincide con una preclusione alla soluzione di tale questione pregiudiziale; con tale rilievo, d'altra parte, non si vuole escludere che i due istituti indicati interferiscano assai spesso, e che, come conseguenza di tale interferenza, il divieto di disapplicazione, comporti anche la preclusione della soluzione della questione pregiudiziale.

L'analisi della distinzione in esame deve procedere, anzitutto, sulla base di alcune considerazioni, concernenti i caratteri della disapplicazione.

Qualsiasi nozione si voglia accogliere di essa, la disapplicazione non può essere definita, se non ponendo in risalto la sua incidenza sugli effetti dell'atto da disapplicare; e tale nozione, d'altro canto, non appare ulteriormente precisabile, se non cogliendo i suoi tratti comuni, e, soprattutto, quelli differenziali, con quella figura con la quale, come si è visto, essa è strettamente connessa: quella di annullamento.

Sia il potere di annullamento, come quello di disapplicazione, infatti, sono due poteri a contenuto negativo, i quali si riferiscono all'atto giuridico; anzi, si può dire all'atto amministrativo, se si conduce il ragionamento, unicamente dal punto di vista che qui interessa. La distinzione tra l'uno e l'altro, però, poggia su una differenza veramente macroscopica: infatti, mentre l'annullamento incide direttamente sull'atto, cancellandolo dal mondo giuridico, la disapplicazione, almeno se-

(107) Cf. CORNARI BASTRA, *L'inapplicabilità, ecc.*, cit., pag. 194 ss.

condo la più approfondita definizione che ne è stata data in dottrina, concerne solo gli effetti dell'atto stesso; più esattamente, essa elimina tali effetti, o, meglio, li disconosce, in relazione alla singola fattispecie considerata⁽¹⁰⁸⁾. È facile il rilievo, per cui annullamento e disapplicazione, per qualche aspetto, tendono a confondersi; è ovvia, infatti, l'osservazione, per cui in sede di ricostruzione della disciplina della fattispecie concreta, nei confronti della quale l'atto esplica i propri effetti, non è dato distinguere se tali effetti vengano meno, in quanto si cada l'atto stesso oppure solo perchè essi vengono disconosciuti, senza che l'esistenza di tale atto venga minimamente intaccata; ma anche se questa osservazione, di per sé, è esatissima, non di meno la struttura profondamente diversa del fenomeno sussiste in ogni caso.

Comunque, l'esatta portata della disapplicazione dell'atto, non pare possa essere precisata, se non in relazione all'analisi delle ipotesi in cui questa acquista rilevanza; o, per lo meno, la potrebbe acquistare.

La prima di queste ipotesi, come si è detto, ricorre nell'ambito di un procedimento giuridico.

I recenti studi su questa nozione tendono a mettere in luce il *quid proprium* della serie procedimentale, nei confronti di altri fenomeni affini, e, specialmente, della c.d. formazione successiva della fattispecie; e tale *quid* è stato individuato nella circostanza per cui ogni atto della serie procedimentale, fa sorgere, per un organo diverso da quello che lo ha emanato⁽¹⁰⁹⁾.

(108) Cf. CORNARI BASTRA, *L'inapplicabilità, ecc.*, cit., pag. 43.

(109) Per la necessità del carattere della pluripersonalità del procedimento, v. CALZETTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., pag. 46 ss.

(110) Per la precisazione dell'ambito di applicazione delle due nozioni, in relazione alle specifiche ipotesi che qui interessano, v. CALZETTI, *Contributo alla teoria, ecc.*, cit., pag. 49 ss.

l'addigo, e per lo meno, l'onere⁽¹¹⁷⁾, di emanare l'atto successivo⁽¹¹⁸⁾.

Non occorre qui vagliare l'esattezza di questa tesi, la quale, peraltro, comporterebbe la negazione dell'applicabilità della figura in esame, a talune ipotesi privatistiche, le quali, invece, di recente, sono state ad essa ricondotte⁽¹¹⁹⁾; è più importante notare, infatti, come tale orientamento porti ad una accentuazione del profilo deterministico del fenomeno; e tale profilo, anche se la sua sussistenza dovesse essere ammessa, non potrebbe assorbire e sovrapporsi completamente all'aspetto teleologico, il quale appare di molta rilevanza.

È da osservare, infatti, che ogni atto della serie procedimentale, oltre, e, anzi, prima ancora di vincolare l'emissione dell'atto successivo, costituisce il necessario presupposto di questo; è tale profilo della nozione in esame, il quale sembra meritare considerazione.

Punto di partenza per ogni rilievo al riguardo, è il superamento da parte della dottrina più recente della concezione strettamente formale della nozione di procedimento⁽¹²⁰⁾; in realtà, sembra che i singoli atti della serie, considerati ognuno nella propria individualità, presentino una autonoma rilevanza la quale ha vero e proprio carattere sostanziale; più precisamente, ognuno di essi produce una modificazione della situazione giuridica preesistente, e, anzi, ne crea una nuova.

Non è facile individuare gli esatti lineamenti delle varie situazioni giuridiche, essenzialmente precarie, le quali sorgono dopo l'emissione di ogni atto della serie procedimentale, e che

⁽¹¹⁷⁾ In questo senso, v.: CORRA, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1933, pag. 131 ss.; GALZOTTI, *Contributo alla teoria, ecc.*, cit., pag. 46 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Per la riconduzione nello schema del procedimento della successione degli atti normativi (regolati) ed esecutivi dell'autonomia privata v.: RUSTINO (Salv.), *Autonomia privata*, cit., pag. 900, 901; per riferimenti sul problema della applicabilità alla autonomia privata della nozione di procedimento, v., esplicitamente in senso negativo: GALZOTTI, *Contributo alla teoria, ecc.*, cit., pag. 51 ss.

⁽¹¹⁹⁾ In questo senso, v.: GALZOTTI, *Contributo alla teoria, ecc.*, cit., pag. 23 ss.; cit., 26, l'esposizione del problema, e indicazioni bibliografiche.

attendono di essere modificate, a loro volta, dall'atto successivo; può anche darsi che tali lineamenti possano essere precisati sulla base di una nozione, talvolta ricordata nella dottrina tedesca, senza, per altro, essere stata sottoposta ad approfondita analisi: quella di *Rechtslage*⁽¹²¹⁾; probabilmente, anzi, la ragione di tale scarso approfondimento sta nella circostanza, per cui questa analisi non può procedere se non di pari passo con la sistemazione della figura che si esamina.

Ad ogni modo, un aspetto degli effetti di carattere sostanziale che scaturiscono da ogni singolo atto del procedimento, può essere qui senz'altro individuato, almeno in relazione alla ipotesi che in questa sede maggiormente interessa.

Si può osservare, infatti, come quando la legge determina in modo cogente, che un atto amministrativo debba essere emanato mediante un dato procedimento, questa determinazione è compiuta attraverso l'apposizione di uno, o più vincoli, all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione; e questi vincoli si riferiscono, appunto, alla preventiva emanazione di diversi atti amministrativi.

Anzitutto, il potere così limitato è quello di cui l'atto finale della serie costituisce l'esplicazione; ma nel procedimento si ha questo unico limite solo in due ipotesi, le quali non sono le più frequenti; ossia, quando la serie procedimentale consta di due soli atti; oppure, quando, pur prevedendo la legge una pluralità di atti, non è regolato l'ordine di successione di questi. Nel

⁽¹²¹⁾ Per riferimenti su tale nozione v. già: von TURAN, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München und Leipzig 1910-12, vol. II, pag. 16; tale essere delinea la nozione in parola, in relazione agli effetti dei singoli atti o fatti destinati a formare una fattispecie complessa; in tal modo la *Rechtslage* viene ricollegata direttamente alla c.d. formazione successiva della fattispecie; non sembra, però, che tale collegamento costituisca un carattere essenziale della nozione, e, per tale ragione, non può essere utilizzata anche per spiegare un aspetto del diverso concetto di procedimento.

Successivamente al von TURAN, sulla nozione di *Rechtslage*, ma con una caratterizzazione troppo marcatamente privatistica del concetto, v.: ENNECCERUS-NUZZO, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. I, pag. 307 e nota 4; in ENNECCERUS-KIPP-WILTZ, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1923-25.

caso comune, in cui la serie procedimentale consta di una pluralità di atti, il cui ordine di emanazione è rigorosamente previsto, non solo è limitato corrispondentemente l'esercizio del potere, mediante il quale viene posto in essere l'ultimo atto della serie, ma anche gli esercizi dei poteri degli atti intermedi sono vincolati alla previa emanazione degli atti che, per legge, li devono precedere.

I limiti apposti all'esercizio di uno o più poteri attribuiti alla pubblica Amministrazione, limiti i quali vengono determinati mediante la previsione di un procedimento obbligatorio, secondo gli schemi indicati, devono essere tenuti distinti da altri limiti, concernenti gli stessi poteri, e apposti attraverso lo stesso meccanismo; quei limiti, i quali attengono all'esistenza stessa del potere; si pensi, per esempio, al nesso che intercorre tra dichiarazione di pubblica utilità di un'opera, e successivo atto di espropriazione.

Comunque, si può precisare in questo modo un effetto tipico che è proprio di ogni atto di una serie procedimentale, le cui fasi sono previste in modo cogente, effetto che è essenziale a tale atto, proprio perchè questo è considerato dalla legge come un momento obbligato del procedimento: esso consiste, infatti, nella eliminazione del limite di esercizio, o, talvolta, di esistenza, del potere di cui un atto della serie costituisce esplicazione, limite che risulta, appunto, dal condizionamento della legittimità di tale esercizio, alla previa emanazione dell'atto precedente del procedimento. Almeno sotto questo profilo, il susseguirsi degli atti della serie procedimentale ha sempre e necessariamente una incidenza di carattere sostanziale, e non solo formale.

Non occorre, in questa sede, approfondire ulteriormente l'argomento; è opportuno, invece, trarre alcune conseguenze dallo schematico abbozzo che si è tratteggiato, in ordine agli schemi propri della disapplicazione degli atti illegittimi; e, per pervenire a tale risultato, non sarà inutile svolgere qualche con-

siderazione, per quel che riguarda i lineamenti del fenomeno, per cui la invalidità di uno degli atti della serie procedimentale si riflette anche sugli atti successivi: la c.d. invalidità derivata; di un fenomeno, cioè, la cui esistenza è spesso ricordata dalla dottrina⁽¹¹⁾, per quanto esso non sia mai stato analizzato in dettaglio.

L'invalidità derivata si presenta, almeno nei suoi aspetti più comuni, nell'ipotesi in cui un atto della serie procedimentale sia illegittimo e, quindi, annullabile.

Ogni valutazione del fenomeno deve partire dal rilievo per cui l'atto annullabile, pur potendo essere cancellato dal mondo giuridico, ciò non di meno, finchè esiste, esplica normalmente i suoi effetti tipici: si tratta di un principio tradizionale, che è qui accettato come tale, per quanto non appaiano del tutto chiari i suoi limiti di applicazione, come si vedrà tra breve.

Se a base del ragionamento si pone la considerazione che precede, si deve ammettere che anche quando un atto della serie è annullabile (ma non ancora annullato), esso esplica il suo effetto tipico, ossia quello di eliminazione del vincolo apposto all'esercizio del potere, di cui è estrinsecazione l'atto che, nella stessa serie, occupa il posto successivo. Per tale ragione, sembra che la semplice illegittimità e, quindi, annullabilità di un atto, rimanga circoscritta all'atto medesimo, senza riflettersi affatto nell'intero ambito del procedimento, o di parte di questo; in altre parole, finchè l'atto non è annullato, ancora non è possibile individuare nessuna traccia del fenomeno della invalidità derivata.

Questo fenomeno si manifesta in un momento successivo: quando, cioè, l'atto illegittimo e annullabile viene effettivamente annullato; in tal caso, sempre secondo quella impostazione tradizionale cui ci siamo sopra richiamati, gli effetti di tale atto

(11) Cfr. la bibliografia citata da SCOTTI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pag. 332, nota 39; per la dottrina posteriore, v. anche, soprattutto: MANA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 178.

vengano soppressi *ex tunc* in una con esso; cioè che, quell'esercizio del potere dell'atto successivo, che, fino ad allora, era perfettamente legittimo, diviene a sua volta illegittimo⁽¹¹⁶⁾; l'atto successivo diventa, così, annullabile, e, se viene annullato, risorge il limite dell'esercizio del potere dell'atto ancora successivo; e così via all'infinito, o, per meglio dire, per tante fasi, quanti sono gli atti che compongono la serie procedimentale.

L'aver precisato che la invalidità derivata non consegue alla semplice annullabilità, ma all'effettivo annullamento di un atto del procedimento, permette di chiarire, tra l'altro, alcune questioni che sorgono in occasione di impugnazione contemporanea di più atti facenti parte di una stessa serie procedimentale; non importa esaminare in dettaglio tali questioni, le quali, comunque, vanno risolte tenendo presente che nella ipotesi indicata, in un (formalmente) unico processo amministrativo, si svolgono distinti giudizi di legittimità, riguardanti distinti atti; l'aspetto del fenomeno più interessante in questa sede, discende dalla circostanza per cui come, sul piano sostanziale, gli atti in parola sono connessi nell'ambito del procedimento, anche sul piano processuale, i relativi giudizi di legittimità sono in stretta relazione reciproca; tale relazione, però, non può essere ricondotta *sic et simpliciter* nello schema dal nesso di pregiudizialità: ma dei suoi caratteri si dirà in seguito.

Riprendendo il filo principale del ragionamento, si può notare come, avendo chiarito il modo di operare della previsione legislativa di una serie procedimentale, e, in corrispondenza, il modo di operare della c.d. invalidità derivata, risulta ormai chiarito anche il meccanismo della disapplicazione, quando essa riguarda un atto appartenente ad una serie procedimentale; os-

(116) È appena il caso di notare come un esatto chiarimento di questo fenomeno presuppone la precisazione di quel profilo dell'annullamento, che è collegato con la reversibilità dei suoi effetti: punto, questa, la cui sistemazione definitiva non è stata ancora compiuta; per riferimenti in proposito, v.: COZZI FRANCHI, *L'annullamento*, etc., cit., pag. 222 ss.

sia, nel caso in cui essa acquista rilevanza nel processo amministrativo.

Si è già ricordato come la dottrina più recente delinea la disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo, come il disconoscimento dei suoi effetti, in relazione ad una fattispecie esocetera, senza che, peraltro, l'esistenza dell'atto stesso venga minimamente intaccata; applicando tale concezione all'ipotesi che si esamina, si ha che, mediante la disapplicazione di un atto appartenente ad una serie procedimentale, non si considera il suo effetto tipico: ossia, la eliminazione del vincolo riguardante l'esercizio del potere di cui l'atto successivo della serie costituisce l'esplicazione; questo secondo atto, dunque, deve essere valutato come illegittimo, e si riproduce così un fenomeno del tutto simmetrico e parallelo, a quello della invalidità derivata, che si è sopra delineato.

Comunque, abbandonando le visioni parziali dei singoli campi nei quali si esplica l'istituto della disapplicazione, per valutare un profilo di questo, avente portata più generale, si può osservare, anche sulla base delle considerazioni sopra svolte, che la disapplicazione ha una rilevanza, la quale è prettamente sostanziale, e che perciò essa non è legata indissolubilmente al processo, anche se nel processo può essere talvolta attuata.

Alla conclusione che precede, si può già arrivare con una certa sicurezza, se si tiene conto che la disapplicazione, da un lato, trova il suo presupposto nel fenomeno sostanziale della illegittimità dell'atto, e, dall'altro, incide sugli effetti, parimenti sostanziali, dell'atto stesso; sotto questo profilo, il collegamento tra disapplicazione e piano sostanziale, già sostenuta dal CANNADA BARTOLI⁽¹¹⁷⁾, sembra meritare piena conferma.

La precisazione di tale collegamento presenta problemi di

(117) *L'impugnabilità*, etc., cit., pag. 96 ss.; per il collegamento della disapplicazione col piano sostanziale, v. anche: ZANON, *Corso*, cit., vol. I, pag. 204.

notevolissima portata, che non possono essere in questa sede né risolti, e neppure sufficientemente analizzati, e ai quali, perciò, si può solo rivolgere qualche fugace considerazione.

È noto come il CANNADA BARTOLI consideri come presupposto della disapplicazione dell'atto la sua c.d. inapplicabilità, ossia, una qualità, di carattere sostanziale, la quale, al pari della annullabilità, conseguirebbe alla illegittimità⁽¹¹⁷⁾; una così precisa individuazione del fondamento della disapplicazione, però, se risolve un problema di notevole gravità, non può essere considerata come un punto di arrivo, in quanto essa apre, in definitiva, un problema di delicatezza ancora maggiore.

Infatti, se l'inapplicabilità costituisse una caratteristica normale dell'atto illegittimo-annullabile⁽¹¹⁸⁾, si dovrebbe conciliare tale caratteristica, con la comune affermazione della dottrina tradizionale, sopra ricordata, per cui l'atto annullabile, finché non è annullato, dispiega normalmente i suoi effetti: ossia, è applicabile; non si vede come, sotto questo profilo, si possano introdurre distinzioni⁽¹¹⁹⁾.

La teoria dell'inapplicabilità, se è accettata con quei caratteri tratteggiati da CANNADA BARTOLI, non può non portare, quindi, ad una completa revisione della teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo; si delinea, in tal modo, una implicazione assai stretta del tema che si esamina, con un problema della massima rilevanza e delicatezza; è da osservare, comunque, che la necessità di tentare una costruzione sistematica della disapplicazione non è certo l'unica ragione che spinge ad affrontarlo: l'intera teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, in-

⁽¹¹⁷⁾ *Op. loc. cit.*; nello stesso senso, v. anche: ZANONINI, *op. loc. cit.*

⁽¹¹⁸⁾ Così, appunto, CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità, etc.*, cit., pag. 40 ss.; ZANONINI, *Corso, cit.*, vol. I, pag. 304, il quale però, limita la inapplicabilità ai soli organi giurisdizionali, con esclusione, cioè, dei privati cittadini; sul punto, v. infra nel testo.

⁽¹¹⁹⁾ *Id.*, infatti, nello stesso senso, i rilievi di CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità, etc.*, cit., pag. 40, 41.

fatti, anche per altri e ben più profondi motivi, appare, attualmente, elaborata in modo insoddisfacente.

Ad ogni modo, qui importa aver solo indicati i punti in cui tale teoria appare inconciliabile con l'istituto della disapplicazione; e i rilievi, volti a mostrare l'effettiva sussistenza di uno dei termini di questa inconciliabilità, ossia il carattere sostanziale della disapplicazione stessa, possono essere completati con un'altra serie di osservazioni, le quali riguardano l'aspetto soggettivo di questa; si può notare, infatti, come si era già adombrato in precedenza, che la disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo non si verifica unicamente nel corso di un processo, e ad opera, quindi, di un organo giurisdizionale, ma che essa può essere compiuta anche fuori dal processo e ad opera, quindi, di organi, e soggetti diversi; atti amministrativi illegittimi, possono essere disapplicati, prima ancora che dal giudice, anche da organi amministrativi, e perfino da privati.—

Cominciando proprio da questi ultimi, si può subito notare come il fenomeno della disapplicazione da parte di privati acquisti una notevole ampiezza. La prima ipotesi che si può ricordare a riguardo, si ricollega all'art. 650 cod. pen., il quale configura come un reato contravvenzionale, la non osservanza da parte di privati, di un provvedimento amministrativo il quale sia « legalmente dato »; è evidente che se il privato viene accusato di tale reato, ma il provvedimento amministrativo in questione non era legittimo⁽¹²⁰⁾, il giudice penale pronuncia sentenza di assoluzione; tale sentenza potrebbe essere spiegata, sulla base della considerazione per cui il giudice penale disconosce gli effetti di tale provvedimento, lo disapplica, cioè, e considerandolo come non emesso, non può ravvisare gli estremi del reato. Sembra, però, che l'inquadramento più esatto dell'ipo-

⁽¹²⁰⁾ Data la ristretta finalità del richiamo compiuto in questa sede della delicata materia, si può qui prescindere, evidentemente, da ogni considerazione relativa al notissimo problema concernente i rapporti che intercorrono tra la nozione di « legittimità » e quella di « legalità » degli atti amministrativi.

teci che si esamina sia diverso: si può osservare, infatti, che la norma penale indicata prescrive l'obbligatorietà dell'osservanza dei soli provvedimenti amministrativi legittimi; in altre parole, è lo stesso privato che può non obbedire all'atto illegittimo, ossia, in definitiva « disapplicarlo » (172); e anche se si accoglie una differenziazione di carattere terminologico tra l'ipotesi di disapplicazione ad opera di un organo giurisdizionale, da quella di disapplicazione ad opera di un privato (173), non si può negare la sostanziale identità del fenomeno.

E un caso di disapplicazione di un atto illegittimo, ad opera dello stesso privato, si può individuare, forse, anche in relazione al potere di disapplicazione del giudice civile; il discorso al riguardo sarebbe più lungo, ma anche in questa ipotesi sembra che si dovrebbe concludere nel senso che « la disapplicazione giurisdizionale trae seco la possibilità dell'insosservanza da parte del cittadino o, in genere, del destinatario del provvedimento invalido » (174). Naturalmente, però, in sede di analisi esauriente della portata del fenomeno, il quadro che il ricercatore dovrebbe tener presente, non potrebbe essere considerato completo, senza l'accento alla nota giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale la pubblica Amministrazione può senz'altro infliggere sanzioni amministrative anche di carattere disciplinare, a chi non osservi provvedimenti amministrativi, benché illegittimi (175); ma non occorre qui valutare la rilevanza di questo orientamento.

(172) Cfr. CANNARA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., pag. 40, 41.

(173) Cfr., appunto, CANNARA BARTOLI, il quale preferirebbe riservare il termine « disapplicazione » alla attività degli organi giurisdizionali, e chiamare « insosservanza » l'attività del privato (op. loc. cit.).

(174) CANNARA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, etc., cit., pag. 40; v. però, in senso sostanzialmente contrario, l'opinione di ZANONNI, già citata, supra, nella nota 118.

(175) Da ultimo, v.: V sez., 20 ottobre 1954, n. 302, in *Foro amm.*, 1955, I, 2, 207; nella fattispecie, la pubblica Amministrazione aveva emesso un ordine di trasferimento nei confronti di un proprio dipendente, il quale si era rifiutato di obbedire, affermando la illegittimità del provvedimento; il Consiglio di Stato

Piuttosto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato deve essere ricordata in modo più puntuale, anche a proposito dell'ipotesi della disapplicazione di atti amministrativi illegittimi da parte di organi della pubblica Amministrazione; tale giurisprudenza, infatti, si è orientata nel senso che questi organi debbano applicare gli atti, benché illegittimi, ma ancora non annullati (176).

Il problema, se un organo possa disapplicare un atto amministrativo illegittimo, emanato da un organo diverso, si presenta di una delicatezza estrema; fra l'altro, sulla materia incide anche una circostanza che complica ulteriormente la questione: è noto, infatti, che, tranne casi del tutto sporadici, un organo amministrativo non può impugnare in sede giurisdizionale un'atto emanato da diverso organo, ma appartenente allo stesso ente del primo (177); da ciò conseguirebbe che, nell'ipotesi di rapporti tra organi appartenenti allo stesso ente, se si negasse anche il potere di disapplicazione, si verrebbe ad ammettere che ognuno di tali organi è giuridicamente sprovvisto di mezzi per evitare l'applicazione di un atto illegittimo emanato da un organo diverso; e la cosa si presenta particolarmente grave in

ha affermato che l'impiegato non poteva rifiutare obbedienza a tale ordine, fino a che esso non fosse stato annullato, magari su ricorso giurisdizionale presentato dall'impiegato stesso.

(176) Da ultimo, v.: V sez., 20 aprile 1954, n. 311, in *Foro amm.*, 1954, I, 2, 506, con nota redazionale che suscita un approfondimento del problema; la fattispecie è piuttosto interessante: l'organo che avrebbe dovuto procedere alla disapplicazione era la commissione giudicatrice di un concorso, e l'atto da disapplicare era la illegittima attribuzione delle funzioni del grado superiore, da parte di una amministrazione centrale, ad un proprio dipendente partecipante al concorso stesso; la particolarità del caso, come giustamente rileva la nota, sta nella circostanza per cui in dipendenza di tale attribuzione, variava il punteggio da attribuire al concorrente; ossia, l'atto da disapplicare concorreva a fermare la volontà dell'organo che intendeva procedere alla disapplicazione.

(177) Sul punto, v. per tutti: ZANONNI, *Corso*, cit., vol. II, pag. 62, 63, e ss. loc. cit.; la questione è trattata in relazione ai soli ricorsi amministrativi, ma data il carattere generale dei suoi termini (carenza della ricchezza di diritti e poteri propri degli organi, nei confronti di altri organi, o dell'intero ente), la soluzione adottata vale, evidentemente, anche per i ricorsi giurisdizionali.

alcuni casi, quale, per esempio, quello in cui l'atto illegittimo incida, menomandolo, sulle funzioni attribuite all'organo che dovrebbe procedere alla disapplicazione, o, comunque, costituisca una indebita ingerenza nella sfera di competenza di quest'ultimo.

Ad ogni modo, anche per altre, e più importanti ragioni, non ci sentiremmo di accogliere la tendenza giurisprudenziale drasticamente negativa nei confronti del problema che si esamina; in realtà, il problema della disapplicazione di atti amministrativi illegittimi da parte di organi amministrativi presenta una complessità di aspetti, ed una multiformità di manifestazioni, la quale è assai malamente riducibile in una sola alternativa di soluzioni; una soddisfacente precisazione della materia richiede, perciò, un approfondimento dottrinale, il quale, peraltro, è finora mancato.

Senza poter procedere, in questa sede, su un piano sistematico si può sostenere agevolmente, però, la considerazione che precede, sulla varietà di soluzioni che deve essere ricollegata al problema generale, nella pluralità dei suoi atteggiamenti particolari, anche indicando solo alcuni casi; si può notare, infatti, come si possa convenire che un prefetto, per esempio, in sede di emanazione di un provvedimento di espropriazione per pubblica utilità, non possa rifiutarsi di emanarlo, disapplicando l'atto di dichiarazione di pubblica utilità, perchè questo presenta un vizio formale; ma, d'altro canto, appare assai più difficile sostenere che il sindaco di un dato comune, possa reagire solo mediante un ricorso giurisdizionale, alla costruzione che si vede effettuare nel territorio comunale, in base a licenza edilizia, rilasciata, poniamo dal prefetto, o, peggio, dal sindaco di altro comune. Ma sarà bene fermarci qui, perchè proseguendo per questa strada si ritorna, per altro verso, al problema centrale dell'invalidità dell'atto amministrativo. È sufficiente, infatti, aver qui accennato alla rilevanza sostanziale della disapplicazione.

In base alla indicazione di tale carattere, risulta evidente come sia del tutto accidentale che la disapplicazione sia compiuta nel corso di un processo, piuttosto che come attività extra processuale.

Ma soprattutto, è proprio tale carattere che fonda la distinzione tra disapplicazione, e accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto amministrativo; infatti, questo accertamento, a differenza della disapplicazione, ha carattere esclusivamente processuale, come si è più volte accennato; la distinzione in esame, del resto, può essere percepita ancor meglio, ove si consideri che la soluzione di una questione pregiudiziale, ha sempre natura meramente dichiarativa della situazione di fatto o di diritto, in tal modo accertata: e su questa conclusione possono consentire non solo i sostenitori della teoria, per cui l'attività giurisdizionale si risolverebbe in un mero accertamento, ma anche gli assertori delle diverse tesi a questa contrapposte; per contro, con la disapplicazione, si concorre a creare la situazione giuridica, che il giudice pone a base della sua decisione: la distinzione è assai profonda.

In tal modo, però, si è venuti toccando un problema di una certa delicatezza: se la soluzione di una questione pregiudiziale possa avere, in generale, carattere costitutivo; più precisamente: se possa essere considerata questione pregiudiziale in senso tecnico, quella questione, la cui soluzione abbia questa natura.

Anche di recente, l'orientamento positivo è stato vigorosamente riaffermato⁽¹⁰⁾; ciò non di meno, non sembra che si possa con esso consentire.

Infatti, ammettere che la soluzione di una questione pregiudiziale possa avere carattere diverso da quello del mero accertamento di una data situazione di fatto o diritto, significa porsi in inconciliabile contraddizione con gli stessi lineamenti essen-

(10) Vedi: CARREZZI, *Le pregiudizialità costituzionali*, cit., pag. 18 n., e ss. ivi cit.

ziali del fenomeno della pregiudizialità; o, almeno, con quelli che a tale fenomeno si sono attribuiti nel corso del presente lavoro: quei lineamenti, cioè, che conducono al collegamento della pregiudizialità, con l'iter logico seguito dal giudice.

Con questa considerazione, non si vuole certo negare l'esistenza di ipotesi, nelle quali nella decisione di una lite, interferiscono pronunce (del resto, non necessariamente giurisdizionali), le quali hanno natura costitutiva, come per esempio, quella di annullamento di un atto, o, per lo meno, non esclusivamente dichiarativa, come, appunto, la disapplicazione; e proprio il processo amministrativo è ricco di esempi del genere, specie in relazione ai casi, cui sopra si è accennato, di impugnazione contemporanea di più atti amministrativi, appartenenti ad una medesima serie procedimentale: si è visto in precedenza, infatti, che nel fenomeno della invalidità derivata, la illegittimità di atti successivi del procedimento, consegue non alla sola illegittimità ma all'effettivo annullamento dell'atto precedente; e, perciò, nel caso indicato, il giudice amministrativo può annullare tali atti successivi, solo dopo l'annullamento dell'atto precedente; la contestualità formale di questi annullamenti, non deve cancellare la successione logica di essi.

In questa ipotesi, sussiste senza dubbio un nesso tra i singoli giudizi di legittimità, che devono essere individuati nell'ambito del (formalmente) unico processo amministrativo; si deve escludere, però, che tale nesso abbia il carattere puro di pregiudizialità: ad esso, infatti, deve essere attribuito quell'elemento, di concorso nella formazione della situazione sostanziale valutata dal giudice, il quale è alieno al nesso di pregiudizialità qui delineato.

In conclusione, le vere questioni pregiudiziali che sorgono nel corso del processo amministrativo, le quali concernono la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, quelle questioni, cioè, che, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadono comunque nella competenza dello

stesso giudice amministrativo, sono relativamente rare; esse si possono rinvenire solo in quei casi in cui la valutazione della legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, non è compiuta al fine della sua disapplicazione (129).

Da questa considerazione, si può agevolmente trarre un corollario: il vero nesso di pregiudizialità, sul piano processuale, nella ipotesi in esame, trova corrispondenza sul piano sostanziale, nel senso che la legittimità dell'atto diverso da quello impugnato, si pone come condizione di legittimità dell'atto impugnato; diversamente, nei casi in cui all'accertamento della illegittimità di un atto diverso da quello impugnato, si sovrappone la sua disapplicazione: infatti, se è necessario fare ricorso a questa operazione, è evidente che sono gli effetti dell'atto diverso da quello impugnato, che incidono sulla legittimità dell'atto impugnato; ossia, che non la legittimità, ma la stessa esistenza del primo, condiziona la legittimità del secondo.

(129) Cfr. gli esempi citati sopra, pag. 480, 481.

INDICE PER AUTORI

(I numeri indicano le pagine)

- ARMANDO, 191.**
ALBANI, 211, 212.
ALBANI, 220, 276.
ALMONO, 29, 34, 58, 65, 76, 79, 81, 86,
123, 127, 132, 154, 156, 157, 159, 166,
173, 184, 188, 179, 241, 243, 245, 247,
271, 278, 279, 279, 282, 283, 284, 287,
434, 435, 437.
ANONIMI, 11, 30, 43, 48, 139, 178, 179,
178, 292, 448, 448, 447.
ANONIMO, 368.
ARABICI RITI, 454.
ASCARIDA, 11.
ASTAR, 39, 175, 238, 453, 454.

BALLARON FALLOTTI, 11.
BALLOTTI, 434.
BALLOTTI, 11.
BARTOLOTTI, 32.
BEUMBAE-LAUFENBERG, 154, 159, 163.
BENVENUTI, 1, 8, 12, 109, 181, 194, 204,
204, 221, 222, 223, 225, 253, 267.
BETHSMANN, 50.
BETTI, 11, 79, 113, 119, 296, 306.
BETTI, 173.
BIGNARDI, 229.
BIGNARDI, 76.
BIGNARDI, 71.
BONDI, 108.
BONDI, 187.
BORTOLINI, 61, 152.
BRACKENHOFF, 187.

CALAMANDREI, 18, 24, 25, 26, 27, 27, 75,
73, 75, 79, 82, 89, 95, 97, 98, 129,
130, 140, 141, 149, 161, 218, 236, 237,
238, 249, 242, 243, 291, 343, 346, 428,
438, 459.

CALZANO, 12.
CALZANO, 30, 174, 178, 378.
CANNARA BERTOLA, 238, 225, 225, 462,
463, 465, 468, 471, 478, 479.
CAPPELLANI, 31, 38, 39, 40, 142, 143,
181, 187, 191, 192, 463.
CARRO-FERRARA, 296, 299.
CASALOTTI, 16, 17, 21, 68, 79, 94, 109,
170, 172, 140, 143, 175, 187, 238, 268,
432, 440.
CASATI, 417.
CASATI, 225, 228, 232, 325.
CASATI, 11, 35, 36, 37, 211, 230, 239,
287, 278, 311, 463.
CASANO, 192.
CASANO, 174, 175, 187.
CASANO-SORBA, 11.
CASANO, 164.
CASANO, 38, 43, 45, 44, 68, 72, 79, 85,
86, 128, 131, 135, 140, 147, 145, 147,
143, 145, 179, 236, 237, 240, 248, 257,
273, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 282,
283, 287, 290, 317, 350, 358, 368, 458.
CASO, 425, 436, 437, 446, 457.
CASO-FRANCINI, 260, 263, 474.
CASO, 11, 297, 470.
CASO, 175.
CASO, 442.

CASO, 192.
D'ALBERTO, 217, 218, 254, 275.
D'ALBERTO, 442.
D'ANNUNZIO, 178, 454, 455, 457.
DECKER, 79.
DECONI, 457.
DECONI, 175, 451.
DE VALLIS, 171.

- De Suriano, 63.
Dino, 228.
- EMERSON-NOVARESE, 473.
- FALLAI, 11, 25, 29, 46, 72, 76, 77, 95, 113, 117, 119, 142, 150, 152, 153, 158, 179, 180, 182, 242, 248, 287.
- FERRARI F. M., 113.
FERRARI F. P., 130, 133, 448.
FERRI, 425, 426, 431.
FERRI, 265, 378, 410, 444.
FERRI, 4, 24, 26, 37, 38, 45, 55, 119, 177, 178, 184, 185, 187, 188, 194, 206, 297, 308, 445, 454.
- FRANCO, 58.
FRANCINI, 205, 363.
FRANZI, 92.
- GAZZOTTI, 297, 305, 449, 470.
GOLLANO-SANTORI, 367.
GARRACCI, 228.
GARRONE, 277, 368.
GARRONE, 294, 295, 302, 305, 377.
GARRONE, 410.
GARRONE, 79, 204.
GASTO, 1, 413.
GASSETTI, 298.
GAVINA, 81, 228, 267, 364.
GAVINONI, 225, 227, 232, 258, 329, 334, 337, 356, 368, 376, 425, 428, 431.
- HAASCHER, 61, 115, 140, 150, 152, 154.
HEIN, 79.
HEINZ, 140, 141, 156, 163, 164, 277, 284.
HILLMAN, 79, 119, 215, 260, 269, 271, 272.
HORN, 179, 182.
HUBER, 464.
- ILICIC, 295, 340.
JULIANI, 426, 427.
- KOHLER, 442.
KORMANN, 295.
- LABAND, 79.
LANCIOTTI, 34.
LAUSCHKE, 220.
- LEVI, 50, 61, 115, 116, 139, 152, 161, 166, 173.
LEONINI, 220, 263.
LEONIANI, 60, 72, 79, 82, 88, 94, 96, 145, 156, 178, 179, 187, 188, 190, 192, 257, 279, 298, 408, 407, 440, 459.
LEONINI, 294, 295, 296.
- MARCONI, 70, 230, 244.
MATTIOLI, 216.
MAGGIORANI, 15, 16, 17, 22, 26, 27, 28, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 51, 140, 165, 169, 179, 181, 183, 185, 186, 187, 197, 202, 207, 401, 402.
MAGGIORANI, 424, 425, 426, 427.
MAGGIORI, 50, 71, 73, 76, 78, 94, 98, 99, 100, 122, 125, 154, 157, 159, 161, 162.
MAGGIORI, 87, 88, 87, 100, 105, 121, 124, 200, 247, 294, 296, 297, 305, 311, 423, 424, 427, 428, 442, 473.
MANTOVANI, 15, 131, 179.
MARELLI, 163, 178.
MARELLI, 190.
MARELLI, 163, 164, 178, 229, 377.
MARELLI, 79.
- MARZI, 284.
MARZI, 288.
MARZI, 61, 115, 139, 146, 152, 163, 218, 307, 358.
- MARZINI, 425.
MARTINELLI, 311.
- MARZINI, 60, 72, 73, 76, 84.
MARTINELLI, 55.
MARTINELLI, 410, 411.
MARTINELLI, 227.
MARTINELLI, 267.
MARTINELLI, 79.
MARTINELLI, 415.
MARTINELLI, 60, 76.
- MARZI, 374, 376.
MARTINELLI, 295, 320.
MARELLI, 240, 413.
MARELLI, 61, 120, 125, 175, 434, 440, 479.
MARELLI, 324.

- MAZZI (ALF.), 24, 79, 129, 134, 234, 237, 244, 271, 273, 274, 278.
- MAZZI (ALF.), 35, 126, 144, 211, 213, 420, 422, 423, 424, 424, 427, 427.
MAZZI (ALF.), 71, 72, 87, 130, 132, 140, 206, 210, 212, 470.
MAZZI (ALF.), 71, 76, 79, 81, 82, 84, 85, 87, 100, 111, 112, 129, 200, 204, 267, 274, 295, 320, 424, 428, 462, 441.
MAZZI, 61, 65, 115, 116, 120, 129, 146, 152, 163, 217, 218.
- MARZI, 2, 20.
MARELLI, 83, 297, 320, 322, 377, 473.
MARELLI, 172.
MARELLI-PARONELLI, 421.
MARELLI, 25, 50, 58, 60, 76, 77, 100, 112, 136, 145, 179, 180, 182, 186, 191, 270, 283, 288, 357, 406, 440, 450.
MARELLI, 77, 78, 79, 99, 242.
MARELLI, 421.
MARELLI, 446.
MARELLI, 69, 65, 115, 146, 152.
MARELLI, 299.
MARELLI, 79.
- MARELLI, 71, 20, 21, 47, 69, 112, 123, 130, 141, 154, 163, 164, 166, 242, 273, 275, 275, 280.
MARELLI, 120.
MARELLI, 425.
MARELLI-SANTORI, 61, 120, 112, 143, 157.
MARELLI, 61.
MARELLI, 76.
MARELLI (MARELLI), 471.
- MARELLI, 416.
MARELLI, 295, 320, 440.
MARELLI, 22.
MARELLI, 79, 120.
MARELLI, 228.
MARELLI, 77, 79.
- MARELLI, 227, 294, 295, 305, 342, 388, 428, 429, 440, 471, 478, 478, 479.
MARELLI, 142, 143, 148, 141, 147, 458.
MARELLI, 426, 427.
MARELLI, 268, 269, 274.

INDICE ANALITICO

(I numeri indicano le pagine)

- Atto amministrativo**
 — elementi
 — — contenuto: 294 ss.
 — — forma: 296.
 — — motivazione: 295 ss.
 — illegittimità: 224 ss., 229 ss., 239 ss., 316 ss.
 — illicità: 429 ss.
 — vizio: 325 ss.
Autonomia privata
 — 71, 130, 131, 132, 134.
Autore
 — 64 ss., 67 ss., 77 ss.
 — come diritto soggettivo o potere giuridico: 79, 80 ss.
 — e cause pendenti: 142, 143.
 — e oggetto del giudizio: 64 ss.
 — in senso astratto o concreto: 79, 80 ss.
 — nei confronti dello Stato e della controparte: 79, 82 ss.
 (autonomia dell'—): 77, 78, 89, 100.
 (potestà dell'— sul diritto soggettivo): 75, 76.
 (relatività dell'—): 72 ss.
Capacità
 — di agire: 411, 419.
 — di stare in giudizio: 428 ss.
 — giuridica: 442, 443, 447 ss.
 — naturale: 443.
Cause pendenti
 — 137 ss.
 — e atto introduttivo del giudizio: 146 ss.
 — e azione: 142, 143.
 — e motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo: 355 ss.
 — e oggetto del giudizio: 151 ss.
Cognizio
 — e iudicium: 55, 56, 149.
Costi giudicati
 — e oggetto del giudizio: 49, 113 ss., 402 ss.
 — — nel processo amministrativo: 204 ss.
 — e pregiudizialità: 153 ss., 402 ss.
 — — nel processo amministrativo: 204, 272 ss.
 — limiti oggettivi: 153 ss., 161 ss.
 — — nel processo amministrativo: 173 ss., 302 ss.
 — limiti oggettivi nel processo amministrativo: 375 ss.
 — natura: 154 ss., 179, 300;
 — — ed elementi della sostanza: 154 ss. (struttura di giudizio): 166 ss. (giudizio implicito): 166. (giudizio implicito nel processo amministrativo): 346, 349.
Disapplicazione (degli atti amministrativi illegittimi)
 — 442 ss., 478 ss.
 — e decisione di questione pregiudiziale: 446 ss., 490 ss.
Doppia tutela (di diritti soggettivi e di interessi legittimi)
 — 422 ss.
Falso (querela, questione di —)
 — 174 ss.
 — nel processo amministrativo: 427 ss.
Funzione
 — 83, 84, 232.

- Giurisdizione amministrativa (contenuti della —)**
— 128, 129, 242 ss., 271, 272, 266, 267.
- Incidenti**
— 1.
— nel processo amministrativo: 428 ss. (v. anche: *Questioni incidentali*).
- Individualisierungstheorie**
— 117 ss.
- Interessi pubblici e privati**
— nel processo: 208 ss.
— nel processo amministrativo: 11, 216, 214.
- Invalidià derivata:**
— 297, 472 ss.
- Ius legitio del giudice**
— 21 ss.
— e pregiudicialità: 20 ss., 22 ss., 45, 461.
- Judicium**
— e cognitio: 53, 58 149.
- Jura necesse curia**
— nel processo amministrativo: 215 ss., 242 ss., 267 ss.
- Motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo:**
— 217 ss.
— aggiunto: 241, 242.
— contenuto: 232 ss., 251 ss.
— e cause pendenti: 235 ss.
— e disposizione di legge da applicare: 219 ss., 279 ss.
— e fatti dedotti in giudizio: 228, 247 ss.
— e oggetto del giudizio.
— e pregiudicialità: 232.
— e vizio dell'atto amministrativo: 234 ss.
- Oggetto del giudizio**
— 48 ss., 49 ss., 114 ss., 126 ss.
— e azione: 84 ss.
— e cause pendenti: 152 ss.
— e competenza: 52 ss.
— e cosa giudicata: 49, 153 ss.
- nel processo amministrativo: 204 ss.
— e pregiudicialità: 48, 54 ss., 59, 60, 176 ss.
- nel processo amministrativo: 194 ss., 217 ss., 402 ss.
— nel processo amministrativo: 220 ss., 225 ss., 245 ss., 255 ss., 259 ss.
— e interesse legittimo: 221 ss., 260 ss.
- e legittimità dell'atto amministrativo: 223, 260.
— e motivo di ricorso: 244 ss., 279 ss.
— e potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto: 229 ss.
— nel processo costitutivo: 131, 132, 185 ss.
— e potere processuale della parte: 278 ss.
— e potere sostanziale della parte: 272 ss.
— nel processo di accertamento: 112 ss.
— nel processo di condanna: 129 ss.
- Parti**
— nella trasformazione di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale: 130 ss.
— nel processo amministrativo: 426, 427.
- Peritum**
— 143, 144.
- Potere astratto di agire**
— 93 ss., 184 ss., 235 ss.
— nel processo amministrativo: 247 ss.
- Pregiudicialità**
— e cosa giudicata: 153 ss.
— nel processo amministrativo: 204, 272 ss.
— e ius legitio del giudice: 20 ss., 22 ss., 45, 461.
— e oggetto del giudizio: 48, 54 ss., 59, 60, 176 ss.
— nel processo amministrativo: 194 ss., 217 ss., 402 ss.
— forma.
— — causa: 20, 43, 146 ss.

- — — punto: 20, 29 ss.
- — — nel processo amministrativo: 208 ss.
- — — questione: 20, 43, 146 ss.
- — — trasformazione di una questione in causa: 176 ss.
- — — nel processo amministrativo: 202 ss.
- — — parti: 180 ss.
- — — nel processo amministrativo: 426, 427.
- in senso logico e in senso giuridico: 20, 179, 182 ss., 199, 402 ss.
- natura: 196 ss.
- processuale e sostanziale: 187 ss.
- Procedimento**
— 297, 305, 449 ss.
- Processo**
— costitutivo: 213 ss., 238 ss., 267 ss.
— — e elementi della sentenza: 217 ss.
— — e natura della sentenza: 233 ss.
— — e oggetto del giudizio: 112, 132, 185 ss., 212 ss., 278 ss.
- di accertamento e oggetto del giudizio: 132 ss.
- di condanna e oggetto del giudizio: 129 ss.
- Processo amministrativo**
— cosa giudicata e pregiudicialità: 184, 272 ss.
— — e oggetto del giudizio: 204, 402 ss.
— — limiti oggettivi: 272 ss., 302 ss.
— — limiti soggettivi: 225 ss.
— — (giudicato implicito): 146, 209.
- falso (querela, questione di —): 427 ss.
- incidenti: 428 ss.
- interessi pubblici e privati: 11, 216, 214.
- iura necesse curia: 215 ss., 242 ss., 267 ss.
- oggetto del giudizio: 220 ss., 225 ss., 245 ss., 255 ss., 259 ss.
- — e interesse legittimo: 221 ss., 260 ss.
- — e legittimità dell'atto amministrativo: 223, 260.
- e potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto: 229 ss.
- e pregiudicialità: 194 ss., 217 ss., 402 ss.
- potere astratto di agire: 247 ss.
- pregiudicialità e cosa giudicata: 204, 272 ss.
- pregiudicialità e oggetto del giudizio: 196 ss., 217 ss., 402 ss.
- questioni pregiudiziali e questioni processuali: 211, 256 ss.
- sospensione, per pendenza di una causa pregiudiziale: 406 ss.
- trasformazione di questione pregiudiziale in causa pregiudiziale: 192 ss.
— — parti: 426, 427.
- v. anche: *Motivo di ricorso giurisdizionale e amministrativo e Questioni pregiudiziali nel processo amministrativo.*
- Questioni incidentali**
— 1.
v. anche: *Incidenti nel processo amministrativo.*
- Questioni pregiudiziali**
— e questioni processuali: 45, 96, 119 ss.
— — nel processo amministrativo: 211, 256 ss.
- (competenza a risolvere le —): 2, 48, 405.
- (efficacia della decisione delle —): 3, 48.
- v. anche: *Cosa giudicata e Pregiudicialità.*
- Questioni pregiudiziali nel processo amministrativo:**
— e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi: 408 ss., 409 ss.
— su diritti oggettivi perfetti: 428 ss.
— sulla legittimità degli atti amministrativi: 429 ss.
— sulla natura e le capacità delle persone: 432 ss.
— — delle persone giuridiche: 447 ss.
- Rechtschattenprobleme**
— 51, 63, 64.

Relativa dell'azione	potere giuridico: 86 n., 88 n., 106 n., 124, 159 n.
— 77 n.	— (rinviato all'articolo del —): 106 n., 112 n., 471, 472.
Notomia	soggettiva: 85.
valore della —: 18 n., 49, 117, 245.	status: 414 n., 445 n.
— e cosa giudicata: 150 n.	Sospensione del processo
— e processo costitutivo: 117 n.	— per pendenza di una causa pregiudi- ziale: 405, 406.
— natura della —: 23 n.	— nel processo amministrativo: 406 n.
— e processo costitutivo: 131 n.	Substantivierungstheorie
Stazioni giuridiche soggettive:	— 117 n.
della soggettiva: 86 n., 85.	
interesse legittimo: 145 n., 222 n.	

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE

- | | |
|--|-------|
| 1. 1. Esposizione della stato della dottrina sulla pregiudiziale nel processo amministrativo. Considerazioni sullo scarse approfondimento del tema. Svolgimento di rilievi intorno ai punti in cui questa ricerca di approfondimento è maggiormente avvertita, i quali costituiscono una analisi più particolareggiata dell'argomento. Cenni sulle gravi implicazioni che questa proposta connota nei problemi fondamentali della teoria del processo | 1-4 |
| 1. 2. Il problema del metodo. Valutazione dell'attuale stato di elaborazione della teoria del processo amministrativo. Costatazione della sua insufficienza e rilievi sulle conseguenze di questa in sede di esposizione della teoria della pregiudiziale. Confronto con lo stato di elaborazione della dottrina del processo civile. Considerazioni sulla possibilità di mutuare da questa elementi validi anche per il processo amministrativo, e sui limiti di tale possibilità. Cenni alla costruzione di una teoria generale del processo. Individuazione dello schema di svolgimento del presente lavoro | 4-13 |
| 1. 3. Descrizione delle principali fasi della evoluzione degli orientamenti della dottrina del processo civile sulla teoria della pregiudiziale. L'opera di Mancoske. Sua importanza nei confronti della dottrina posteriore e sua influenza sulla redazione di alcune norme del codice di procedura civile attualmente vigente. Elementi tendenze revisionistiche. Cenni sull'ampiamente dell'ambito tradizionale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità derivante dall'inquadramento negli schemi relativi della questione di legittimità costituzionale. Rinvio | 13-18 |

PRIMO PARTE

LA PREGIUDIZIALE IN GENERALE

- | | |
|--|-------|
| 1. 4. Richiamo della comune definizione del novero di pregiudizialità. Cenni sui rapporti tra pregiudiziale in senso logico e pregiudiziale in senso giuridico. Rinvio. Multiplicità dei punti di vista sotto cui il fenomeno della pregiudizialità viene per il giurista. La pregiudizialità è il ragionamento che il giudice compie per decidere la controversia sottoposta al suo esame. Rilevanza di tale elemento logico nel quadro degli elementi della sentenza. Esposizione della evoluzione dottrinale al riguardo. Rilievi sulla incidenza che le varie teorie prospettate al riguardo possono presentare nei confronti dell'argomento della pregiudiziale | 19-22 |
|--|-------|

- I 3. *Finalizzazione dello schema dell'iter logico previsto dal giudice, conso alla peculiarità di una sua riconduzione allo schema del collegio. Rilievi sulla molteplicità di serie di allegazioni che si intersecano nel corso del ragionamento del giudice. Disciplina legislativa delle varie fasi di questo iter. Modo diverso di reciproca interferenza delle questioni, e serie di questioni poste e risolte dal giudice nel corso del suo ragionamento. Precisione della definizione di senso di pregiudizialità. Corollario sulla necessità di ogni passaggio logico del ragionamento del giudice il quale sia legato con gli altri da un effettivo senso di pregiudizialità* 32-37
- I 4. *Indicazione della molteplicità delle forme con cui il fenomeno della pregiudizialità si può manifestare: punti, questioni e cause pregiudiziali. Caratteri delle distinzioni relative. In particolare: la nozione di punto. Rilievi critici su un aspetto della definizione di punto pregiudiziale proposta dal MINASCORVA. Irrilevanza giuridica della distinzione tra punto pregiudiziale, da un lato, e questione e causa pregiudiziale dall'altro. La distinzione tra questione e causa pregiudiziale. L'art. 30 cod. proc. civ. Come sulla sua portata generale, e primi rilievi sulla difficoltà della sua esegrè* 37-44
- I 7. *Indicazione dei profili sulla cui base è necessario approfondire l'esegri dell'art. 34 cod. proc. civ. In particolare: la nozione di questione pregiudiziale. Distinzione tra le questioni meramente processuali e le questioni pregiudiziali di merito. Il limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Difficoltà inerenti alla determinazione del successivo limite finale. La spinta costruttiva offerta dall'art. 34. La disciplina delle questioni pregiudiziali secondo tale norma, sotto il profilo dell'individuazione dell'organo giurisdizionale competente e della efficacia della decisione. Richiamo da parte di ambedue questi profili di unica nozione: quella di oggetto del giudizio. Aspetti di rilevanza della nozione di oggetto del giudizio durante l'intero svolgimento del fenomeno processuale; in particolare: la costituzione, mediante tale nozione, tra l'oggetto dell'accertamento e i limiti oggettivi della causa giudicata. Rapporti tra domanda di parte e oggetto del giudizio; in particolare: rilievi su tali rapporti per quel che riguarda il processo amministrativo. Conoscenza tra oggetto del giudizio e determinazione della competenza del giudice* 44-53
- I 8. *Ulteriori rilievi sulla nozione di oggetto del giudizio. In particolare: distinzione tra accertamento giudiziale in senso tecnico e accertamenti compiuti dal giudice in esclusiva funzione di questo. Caratteri di questa distinzione. Ricompressione nell'ambito della pregiudiziale di tutti gli accertamenti compiuti dal giudice i quali non facciano parte dell'oggetto del giudizio in senso tecnico. Considerazioni conclusive sulla distinzione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio* 54-60
- I 9. *Come alla elaborazione della nozione di oggetto del giudizio dovuta alla recente dottrina tedesca. Caratteri di tale elaborazione. Sua scorsa ecc nella dottrina italiana. Riconduzione da parte di questa nella problematica dell'azione delle questioni trattate dalla dottrina tedesca a proposito dell'oggetto del giudizio. Come alle interferenze tra la nozione di azione e il contenuto dell'oggetto del giudizio. Confronto della posizione della dottrina italiana e tedesca sull'argomento. Indicazione della necessità di utilizzazione di ambedue* 61-67

(13)

I 10. *La problematica dell'azione: indicazione dei limiti entro i quali essa deve e può essere richiamata nel presente lavoro. Indicazione*

di massima sulla comprensione dell'azione nell'oggetto del giudizio. Le difficoltà che incontra la costruzione di una teoria unitaria dell'azione, in ordine: a) alla molteplicità delle situazioni giuridiche soggettive di carattere sostanziale variabili con l'azione; b) alla molteplicità delle violazioni, in atto e potenziali, di tale situazione; c) alla varietà dei tipi di tutela accordati dall'ordinamento. Il problema di fondo di ogni teoria dell'azione: il rapporto tra diritto sostanziale e processo. Rilevanza sulla determinazione del primo delle interferenze tra ordinamento sostanziale e ordinamenti privati. Come alla teoria della stessa privata come ordinamento autonomo. Richiamo del principio della *r.d. relatività* della nozione di azione, anche alla luce di questa impostazione. Il problema dei rapporti tra diritto e azione: la teoria del primato logico dell'azione nel diritto

67-74

I 11. *L'evoluzione della nozione di azione: sviluppo del principio della sua autonomia rispetto al diritto sostanziale. Come sulle incertezze che concernono i caratteri dell'azione come situazione giuridica soggettiva autonoma. In particolare: la definizione dell'azione come un diritto soggettivo e come un potere. Come sull'orientamento dottrinale prevalente nel senso della definizione dell'azione come un potere. Rilievi sulla sostanza di esso; implicazioni delle argomentazioni al riguardo con la soluzione del problema relativo alla individuazione del soggetto nei cui confronti l'azione sarebbe rivolta; esposizione delle alternative di essa. La definizione della azione come un potere punto di partenza di più precise determinazioni di altri caratteri dell'azione. Come delle controversie sulla nozione di potere giuridico e indicazione della tesi scelta al riguardo. Coincidenza dei contenuti di tale nozione con quelli tradizionalmente attribuiti all'azione in senso stretto; non coincidenza con quelli tradizionalmente attribuiti all'azione in senso concreto. Necessità di approfondire la reale portata della controposizione tra azione in senso stretto e azione in senso concreto* 77-89

77-89

I 12. *Impostazione classica del problema della astrattezza e della concretezza dell'azione. Diversità del contenuto della nozione. Diversa posizione, nelle due ipotesi, dell'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale. Rilievi critici sul rapporto comunemente delineato tra azione in senso concreto e diritto soggettivo sostanziale. Come sulla attuale crisi della controposizione tra azione in senso stretto e azione in senso concreto secondo lo schema tradizionale. Indicazione di moderne tendenze ricostruttive. Necessità di un riconoscimento della esistenza di un potere astratto di agire. Sua impossibilità a risolvere completamente il problema del fondamento della tutela del diritto soggettivo sostanziale. Necessità di rinvenire alquanto tale fondamento. Le tesi di CANTARINI e di ATTANEO; la tesi di MINELLI. La riconduzione di questo fondamento nello stesso ambito del diritto soggettivo sostanziale. Possibilità di considerare la tutela di quest'ultima come un effetto *ex lege*; conseguente possibilità di escludere che essa sia l'effetto dell'esercizio di una situazione giuridica del privato, e quindi superabilità della configurazione di un potere giuridico e concreto concreto. L'esistenza del diritto soggettivo sostanziale come fattore di determinazione del contenuto della sostanza. Ricorso alla nozione di interesse legittimo per delineare le posizioni del privato rispetto alla esplicazione della funzione giurisdizionale, e al modo dell'esplicazione stessa. Sua rispondenza alle varie ipotesi di interferenza di interessi privati e pubblici nei diversi momenti dello svolgimento del fenomeno processuale. I rapporti tra interesse privato e*

61-67

interesse pubblica nel processo, secondo la tesi di FRANNESCO CARLUCCI. Come alla maggiore efficacia della tutela dell'interesse legittimo rispetto a quella del diritto soggettivo

80-114

113. Confronto tra i termini in cui viene dibattuta la problematica dell'azione, e l'impostazione del problema del contenuto dell'oggetto del giudizio secondo la recente dottrina tedesca. Definizione della nozione di oggetto del giudizio secondo questa dottrina. Rilievi critici sull'impostazione in esame. La determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio come corollario delle conclusioni cui è possibile pervenire sulla problematica dell'azione. L'elemento del potere astratto di agire, e del suo esercizio come oggetto degli accertamenti cui vengono risolte le questioni c.d. meramente processuali. I presupposti processuali. Distinzione tra questioni meramente processuali e questioni pregiudiziali (di merito). Sua fondamento. Sue conseguenze. Come alla possibilità di configurazione del complesso degli accertamenti relativi alle questioni meramente processuali come un oggetto del giudizio nel merito. Considerazioni sulla rilevanza di una conclusione positiva in proposito per quel che riguarda il problema del passaggio in giudizio delle sentenze meramente processuali. Possibilità di rinvenire un ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in relazione agli accertamenti concernenti i presupposti processuali

114-125

114. Impossibilità di ricompressione nel contenuto dell'oggetto del giudizio di merito degli accertamenti relativi al potere astratto di agire e al suo esercizio. L'oggetto del giudizio di merito è costituito dalla stessa situazione giuridica sostanziale. Come dai recenti orientamenti della dottrina italiana in tal senso. Rilievi sulla impossibilità che consegue da tale orientamento di configurare una azione avente un contenuto concreto. Considerazioni concernenti la varietà di situazioni giuridiche sostanziali, soggettive e non, che possono costituire l'oggetto del giudizio di merito. Collegamento tra diritto soggettivo e agente del processo di condanna. Il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo costitutivo; rinvio. Individuazione del possibile contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo di accertamento in relazione agli elementi fondamentali dell'ordinamento privato. Conseguenze che è possibile trarre dalle considerazioni che precedono per la determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. In particolare: i fatti costitutivi della situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio di merito sono oggetto degli accertamenti pregiudiziali. Come di una contraria dottrina. Rilievi conclusivi sui limiti del fenomeno della pregiudizialità

126-136

115. Come della critica ai risultati cui si è pervenuti, che potrebbe essere mosso sulla base della ricompressione della *causa petendi* nell'oggetto del giudizio, ove si definisce questa come il complesso dei fatti costitutivi della domanda. Il contenuto della *causa petendi*: la *Individualierung* e la *Substantiierung*. Attuale stato della dottrina italiana e tedesca sul punto. Recente tendenza ad una rivalutazione della contrapposizione. Valore della definizione della *causa petendi* come fondamento della domanda. Identificazione della *causa petendi* con la situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisivo. Distinzione tra *causa petendi* e i c.d. «fatti costitutivi» di quest'ultima. I fatti costitutivi della *causa petendi* come elementi di identificazione di questa: distinzione tra elementi di identificazione e elementi costitutivi. Critica della tesi che ritiene rilevante per la

determinazione della natura e del contenuto della *causa petendi* quegli elementi di fatto, la cui esposizione deve essere compresa nell'atto introduttivo del giudizio. Considerazioni conclusive sull'appartenenza all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità degli accertamenti relativi ai fatti costitutivi della situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisivo. Esposizione dei termini del problema della ricompressione della *causa petendi* nell'oggetto del giudizio. Sua soluzione positiva. Considerazioni sui suoi tre fabbisogni delle soluzioni di questo problema e le diverse concezioni dei rapporti tra diritto e processo propri della dottrina italiana e della recente dottrina tedesca

136-151

116. Indicazione della connessione tra la determinazione dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità e la soluzione del problema dei limiti obiettivi del giudizio; come alla dipendenza dai profili sotto cui questa connessione può essere valutata. Richiamo della norma fondamentale contenuta dall'art. 34 cod. proc. riv. Il problema della natura del giudizio: la teoria c.d. sostanziale e la teoria c.d. processuale. Come alle recenti tendenze al superamento di tale contrapposizione. La teoria di ALIANO. L'adesione di MORAZZA e di FANTALANI alle tesi di LEUSMAN. La connessione tra la natura del giudizio e il carattere della sentenza. Indicazione della tesi secondo la quale riferendo nella sentenza un elemento imperativo, a questo e non all'accertamento dovrebbe essere ricollegato il giudizio, indicazione della tesi secondo la quale le impostazioni tradizionali non sarebbero compatibili con questo collegamento. Il rinvio profilo sotto cui il problema del giudizio rileva nei confronti dello svolgimento del presente lavoro. Il collegamento tra giudizio e accertamento come l'impostazione che rievocava maggiormente i limiti obiettivi del giudizio all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Conseguente avvicinamento di tale impostazione come ipotesi di lavoro. L'orientamento della dottrina sul problema dei limiti obiettivi del giudizio costituisce una riprova della natura del fenomeno che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione della pregiudizialità. Il contrario orientamento della giurisprudenza, che afferma la c.d. estensione del giudizio ai motivi. Rilievi sulla sua non rispondenza neppure ad esigenze di carattere pratico. Critica della teoria del giudizio implicito. Come della possibilità della emissione di due giudizi basati su premesse contraddittorie, la quale consegue necessariamente alla limitazione del contenuto della *causa petendi* al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio. Distinzione tra queste ipotesi e l'ipotesi del contenuto di giudizi in senso tecnico

152-168

117. La distinzione tra questione e causa pregiudiziale. Carattere giuridico di essa. La causa pregiudiziale e l'autonomia dell'oggetto del giudizio. Limite alla possibilità di trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale: l'identità dell'oggetto della prima ad essere accertato giurisdizionalmente in via esclusiva. Richiamo dei profili sotto i quali acquista rilevanza giuridica il fenomeno della pregiudizialità; conseguenze, in ordine a ridire il fenomeno della pregiudizialità; conseguenze, in ordine a ridire il fenomeno della trasformazione della questione in causa. Categorie dei fatti, della trasformazione della questione in causa. Categorie degli accertamenti i quali non possono mai passare in giudizio: i veri fatti; come all'oggetto del giudizio penale. Presupposti per la concreta trasformazione della questione pregiudiziale post per la concreta trasformazione della questione pregiudiziale post per la concreta trasformazione della questione pregiudiziale post per la concreta trasformazione della questione pregiudiziale. Prima ipotesi: la volontà della legge. Esempi: in particolare: la querela di falso; rinvio. Seconda ipotesi: in particolare: la querela di parte. Come alle attuali dispute dottrinali sulla

individuazione dell'oggetto delle cause pregiudiziali. Esposizione della teoria revisionistica di BATTI. Adesione alla impostazione tradizionale di MANZONI e CASARENA. Cenni alla ipotesi in cui il rapporto giuridico su cui verte la causa pregiudiziale sia fra soggetti diversi di quelli tra i quali intercorre il rapporto oggetto della causa pregiudiziale. Considerazioni sull'ipotesi in cui la trasformazione della questione in causa pregiudiziale importi uno spostamento non solo di competenza ma anche di giurisdizione. Rinvio

182-183

118. Il problema della delimitazione di un concetto di pregiudizialità in senso giuridico. Sua impostazione da parte del MANZONI. La pregiudizialità giuridica come una specie rispetto al genus costituito dalla pregiudizialità logica. La soluzione data da MANZONI al problema. Rilievi critici. La soluzione del problema deve discendere da quei profili, sotto i quali acquista rilevanza giuridica il fenomeno della pregiudizialità. La determinazione della competenza dell'organo giurisdizionale e i limiti obiettivi del giudizio. Richiamo alla nozione di oggetto del giudizio. Definizione delle questioni pregiudiziali in senso tecnico sulla base della loro idoneità a costituire oggetto di un autonomo giudizio. La teoria di AZEVEDO, che delinea il senso di pregiudizialità su un piano che è anzitutto di carattere sostanziale. Rilievi sulla portata di questa tesi. Individuazione di ulteriori categorie di questioni pregiudiziali in senso tecnico. Questioni pregiudiziali e mezzi di prova. Comprensione nella pregiudizialità in senso logico di tutte le questioni che possono insorgere a proposito della individuazione, verifica di esistenza e di validità, e interpretazione della norma da applicare alla fattispecie concreta. Carattere strettamente tecnico di alcune di tali questioni. In particolare: la questione di costituzionalità di una legge. La questione di interpretazione del trattato istitutivo la Comunità economica europea

183-182

Parte Seconda

LA PREGIUDIZIALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE PRIMA

L'OGGETTO DELLE AZIONI PREGIUDIZIALI

119. Piano di svolgimento della seconda parte del presente lavoro. Individuazione della impostazione scelta nello studio della pregiudiziale nel processo amministrativo. Cenni della maggiore aspirescenza di questa rispetto a quella generalmente arguita in dottrina. La contrapposizione all'oggetto del giudizio come carattere essenziale della pregiudiziale. Esistenza di questa contrapposizione anche nel processo amministrativo, dedotta dall'art. 23 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. Individuazione di considerazioni svolte nella prima parte del presente lavoro, le quali sono integralmente applicabili anche nel confronto del processo amministrativo. Individuazione di quegli aspetti del fenomeno in esame, i quali, al contrario, possono essere meglio previsti, sulla base della disciplina del tipo di processo considerata. La determinazione, in concreto, dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo. Necessità di valutazione della problematica relativa al contenuto dell'oggetto del giudizio. Rispondenza

anche nel processo amministrativo tra contenuto dell'oggetto del giudizio e limiti obiettivi della causa giudicata. Cenni sulla opportunità di valutare tali limiti in relazione all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. La disciplina dei gruppi di questioni pregiudiziali che possono insorgere nel corso del processo amministrativo. In particolare, questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonome oggetto del giudizio, ricadono comunque nella giurisdizione del giudice amministrativo. Le questioni pregiudiziali che appartengono, invece, alla giurisdizione di un giudice diverso. Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria civile. Cenni sulla rilevanza del dato giurisdizionale su un piano generale e nello studio della pregiudiziale nel processo amministrativo

193-198

120. Cenni al limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. I c.d. punti pregiudiziali. Impossibilità di una loro individuazione in via generale. Merzionesimo della loro determinazione nel caso concreto. Incidenza su di essi delle questioni sollevabili d'ufficio del giudice. Individuazione di alcuni di essi: le questioni meramente processuali. Il problema della loro distinzione dalle questioni pregiudiziali di merito. La giurisprudenza del Consiglio di Stato orientata negativamente verso tale distinzione. Rilievi critici. Rinvio dell'esame approfondito delle questioni. Questioni pregiudiziali di merito sollevabili d'ufficio: l'art. 3 cod. proc. pen. come sulla sua connessione col tema in esame, e sulla non rinunciabilità dell'ipotesi da esso regolata in quella qui riservata. La questione di nullità degli atti; dubbi sull'applicabilità dell'art. 1311 cod. civ. anche agli atti amministrativi. L'individuazione della premessa maggiore del sollevamento del giudice. Il principio: cura curia e il problema dei limiti della sua applicabilità al processo amministrativo. Rinvio. Le questioni relative alla individuazione della norma da applicare alla fattispecie concreta. Le questioni relative alla sua interpretazione. Le questioni relative alla sua legittimità costituzionale. Le questioni relative alla sua permanenza in vigore

203-217

121. Il limite finale della pregiudiziale. Il contenuto dell'oggetto del giudizio. Cenni sulle controversie che ancora oggi dividono la dottrina, sul problema del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. Individuazione dei profili della nozione che meriterebbe di essere maggiormente approfondita, e della utilità di una compensazione della restrizione amministrativa con la elaborazione da parte della dottrina del processo civile dell'oggetto del giudizio nel processo di tipo costituzionale. Le principali tendenze sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. La teoria secondo la quale tale oggetto coincide esattamente della questione di legittimità dell'atto impugnato. La teoria secondo la quale tale oggetto sarebbe costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale. Difficoltà di definire in termini diagnosticamente soddisfacenti la nozione di interesse legittimo. La portata della definizione di questa data da MANZONI. Violazione dell'interesse legittimo e illegittimità dell'atto come due effetti scaturiti da una stessa causa: la violazione di norme le quali violano nell'esercizio un potere attribuito alla pubblica Amministrazione. Conseguente irrilevanza dell'avvicinamento dell'una e dell'altra delle teorie in esame per la determinazione del limite finale della pregiudiziale. Cenni sulla incidenza su tale determinazione, derivante dall'avvicinamento di altre teorie sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. In particolare: la teoria della

giurisdizione amministrativa come giurisdizione di puro diritto pubblico. La teoria della giurisdizione amministrativa come giurisdizione su interessi della pubblica Amministrazione. La teoria dell'interesse legittimo del privato come interesse meramente formale. Indicazione della teoria, il cui accoglimento sposterrebbe il limite finale della pregiudiziale: la teoria secondo la quale la giurisdizione amministrativa avrebbe una giurisdizione sul diritto potestativo (potere) del privato, di prevenire l'assoldimento dell'atto impugnato. Necessità di una sua valutazione. Rinvio

217-220

122. Indicazione delle ragioni che consigliano un'ulteriore approfondimento del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. Come sulla opportunità di valutare la problematica relativa dall'angolo visuale costrutto dai caratteri del processo costitutivo. I dubbi che nella dottrina del processo civile hanno suscitato i tentativi di trasgugare tali caratteri; loro riflessi nel campo del processo amministrativo. L'attività giurisdizionale come attività di mero accertamento e il processo costitutivo. La tesi di HALLER. La tesi di RUDOL. La tesi di CROCCONIA. Il problema della configurabilità come tipo autonomo di sentenza della sentenza costitutiva, considerata come un atto di mero accertamento, cui corrispondeva ex lege l'effetto costitutivo. La tesi di CANTAMARE. La tesi di FATTALARI. Le conseguenze dell'accoglimento delle varie tesi ricordate, nel trasgugare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. L'elemento di mero accertamento esistente, secondo la dottrina dominante, anche nelle sentenze costitutive. Tale accertamento deve verificarsi sui presupposti alla cui esistenza la legge vincola l'effetto costitutivo della sentenza in esame

220-245

123. L'oggetto del giudizio e il problema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo. Effetti sull'antogugione di tale problema nel processo amministrativo. Richiamo delle considerazioni precedentemente svolte su tale problema, a proposito del processo civile. Le situazioni giuridiche del soggetto, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa, e i momenti vitali di questa. Il potere di ricerca. Suo carattere di astrattezza. Farropo nel potere di agire davanti alla giurisdizione civile. L'esercizio del potere di ricerca come necessario presupposto della esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa. Come sulle importanti conseguenze che da questo aspetto della disciplina positiva si devono trarre, per la denominazione dei caratteri della giurisdizione del Consiglio di Stato. Il vincolo della esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda il « modo » dell'esplicazione stessa; ossia, il contenuto del provvedimento dichiarativo di merito mediante la cui emanazione con avviene. Il collegamento del vincolo della funzione giurisdizionale, al diritto sostanziale. Richiamo di analoghe considerazioni già precedentemente svolte, a proposito del processo civile. L'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo è costituito, perciò, da quella situazione giuridica, di carattere sostanziale, che costituisce il presupposto, cui è legato il contenuto del provvedimento dichiarativo di merito. Conseguenziale inapplicabilità, anche al processo amministrativo, dei recenti orientamenti astrattivi della dottrina tedesca, già precedentemente valutati criticamente a proposito del processo civile. Distinzione tra i c.d. presupposti processuali, e l'oggetto del giudizio di merito. Distinzione tra le questioni c.d. processuali, e le questioni pregiudiziali. La decisione delle questioni meramente processuali non incide minimamente sul giudizio di merito, né per quel che riguarda il suo oggetto, né per quel che

riguarda le questioni a questo pregiudiziali. Valutazione critica di un contrario indirizzo giurisprudenziale

105-110

124. La illegittimità dell'atto amministrativo come presupposto di estinzione sostanziale, della potestà giurisdizionale di annullamento dell'atto stesso. Conseguente individuazione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, nella questione di legittimità dell'atto impugnato. Esclusione della violazione dell'interesse legittimo del privato, delle cause che provocano la illegittimità dell'atto amministrativo. Conseguente esclusione dell'avvertimento di tale violazione, dal complesso degli avvertimenti compresi nel giudizio amministrativo, sia concernenti sull'oggetto del giudizio, come meramente pregiudiziali. La vitalità dell'interesse legittimo, invece come situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, determinata la legittimità e rilevanza. L'interesse legittimo, così inteso, costituisce un presupposto sostanziale, e, per tale ragione, è l'oggetto di un avvertimento giudiziale avente carattere meramente processuale. Considerazioni conclusive sul fenomeno della giurisdizione amministrativa. Segue la dimostrazione dell'affermazione, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo è costituito dalla questione di legittimità dell'atto amministrativo impugnato; critica di teorie sull'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, contrarie a tale assunto. Come dall'orientamento della dottrina del processo civile, volta a rinviare alla base del processo costitutivo un potere del privato di provocare la modificazione giuridica tipica del processo stesso. La contemporaneità della prima individuazione del processo costitutivo come tipo autonomo di processo, con l'inizio della elaborazione della nozione di diritto potestativo, come situazione giuridica che col proprio esercizio produce un effetto costitutivo. Inapplicabilità del collegamento tra processo costitutivo e diritto potestativo. La teoria di HALLER. Effetti critici. La dottrina di CROCCONIA. Effetti critici, in particolare; una inapplicabilità al processo amministrativo. Breve ripresa del problema dei rapporti tra teoria del processo civile e teoria del processo amministrativo, suggerita da una ipotesi di AZARON. La teoria di AZARON. Individuazione del potere che, secondo AZARON, starebbe alla base del processo costitutivo, nel potere d'azione, considerato in senso concreto. Richiamo di effetti precedentemente svolti, sulle finalità di quest'ultima nozione. Considerazioni conclusive: il processo costitutivo non presuppone necessariamente l'esistenza di un potere del soggetto, di provocare la modificazione giuridica tipica del processo stesso. Come alla possibilità di individuazione di specifiche ipotesi, nelle quali un potere del potere possa essere rinviato. Avvertimento della teoria di BARTI. Nota conformante la conclusione già precedentemente affermata; nel processo amministrativo, il presupposto della potestà di annullamento dell'atto impugnato, è la illegittimità dell'atto stesso. E, conseguentemente, in tale processo, l'oggetto del giudizio è la questione di legittimità dell'atto amministrativo

119-229

125. Formulazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in senso lato, nel processo amministrativo. Come sui punti su quali è possibile delineare gli effetti degli avvertimenti pregiudiziali in tale processo. Ogni dichiarazione di merito, può rinviare solo sulla base degli effetti della illegittimità dell'atto amministrativo. Come delle dispute che si aprono al riguardo, e alla estrema debolezza della materia. Esposizione di alcune ipotesi di atti amministrativi illegittimi, nelle forme inusuali statutarie, ma al solo fine di offrire una materiale efficacia

amente vario, all'analisi del modo con cui la illegittimità dell'atto si concreta. Atti amministrativi illegittimi per vizio nel contenuto, per vizio di forma, per incompetenza, per eccesso di potere, per difetto di trattamento, per eccesso di potere per trattamento di fatto, per violazione di legge per assenza di presupposti, per vizio del procedimento. Richiamo della nozione istituzionale, secondo cui la illegittimità dell'atto amministrativo si risolve nella difformità del paradigma legislativo dell'atto stesso, valutata analiticamente nei suoi elementi, tratti dalla teoria del negozio privato: oggetto, agente, causa etc. Considerazioni in proposito. Rilievi conclusivi, sulla insufficienza di questa. Cenni sulla preferibilità del concetto di atto, inteso come esercizio del potere, fatto fondamento della teoria della illegittimità dell'atto amministrativo. Considerazioni sul tema. Indicazione di vari gruppi di norme, che regolano il comportamento strumentale. Individuazione di un gruppo di norme, che disciplinano l'esercizio del potere, da diverse norme attribuite alla pubblica Amministrazione. La illegittimità dell'atto amministrativo, come non conformità del comportamento della pubblica Amministrazione a tali norme. Cenni sulla rilevanza nel processo amministrativo, solo per gli accertamenti meramente processuali, della violazione delle norme che attribuiscono un potere alla pubblica Amministrazione, e ne fissano i limiti di esercizio. Considerazioni sui punti comuni, e sulle differenze tra la impostazione tradizionale della teoria della illegittimità dell'atto, e quella cui qui si aderisce. Distingue tra la violazione della singola norma che disciplina l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e l'illegittimità, la quale è una nozione che va riferita all'intero atto. La singola violazione, come causa della illegittimità. Applicazione all'iter logico del giudice amministrativo delle considerazioni precedentemente svolte. I fenomeni di tale iter. Conclusioni da trarsi per l'individuazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in senso logico nel processo amministrativo. Risolvendo l'iter del giudice amministrativo, si devono considerare come pregiudiziali in senso logico, in particolare, gli accertamenti: a) della violazione della singola norma che disciplina l'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e che previene la illegittimità dell'intero atto; b) del comportamento effettivamente tenuto dalla pubblica Amministrazione nell'esercizio del potere, e di quelle circostanze di fatto e di diritto, alla cui esistenza la legge, eventualmente, vieta, positivamente o negativamente, e in varie modi, tale esercizio; c) di quelle circostanze di fatto e di diritto, sulla cui base il giudice, in base a mezzi di prova, presunzioni, etc., può ricostruire il comportamento della pubblica Amministrazione, e i requisiti di legittimità richiesti. Cenni sui limiti nei quali il mezzo di pregiudizialità, che lega tra di loro i singoli accertamenti che compongono l'iter logico del giudice amministrativo, non è che un mero riflesso processuale di un fenomeno di carattere sostanziale

229-236

121.

Indicazione della relazione esistente tra il contenuto del motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo, e l'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali, almeno in senso logico, nel processo corrispondente. Cenni sullo stato della dottrina, la quale non ha particolarmente approfondito la nozione di motivo di ricorso. Esigenza di una analisi del punto. Valutazione degli articoli del regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato, e alla Giunta provinciale amministrativa, che si riferiscono al motivo di ricorso. Il motivo di ricorso coincide con la singola di-

fornità del paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione. Argomenti in questo senso, tratti dai vari rilievi reperibili in dottrina sull'argomento. Esame della coincidenza del contenuto del motivo di ricorso col vizio dell'atto, e come di questi si possa raggiungere sul tema in esame, alla luce della ricchezza insorta giurisprudenziale, anche utilizzando quelle parti delle decisioni, che non sono pubblicate nelle riviste specializzate. Individuazione di un orientamento giurisprudenziale, nel senso della coincidenza tra motivo di ricorso, e singola difformità del paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione. Il motivo di ricorso, perciò, si rivela nell'aspetto di tale comportamento che viola la norma, e nella stessa norma. Ogni momento dell'atto e dell'altro elemento importa momento del motivo stesso di ricorso; ritorni di giurisprudenza in questo senso. Corrispondentemente, l'individuazione del motivo di ricorso nell'atto introduttivo del giudizio, si rivela necessariamente nell'individuazione di anzitutto questi elementi; ritorni di giurisprudenza in questo senso. Valutazione della portata della disposizione, per cui nell'atto introduttivo del giudizio devono essere indicate le norme di legge che si assumono essere state violate dall'Amministrazione; rilievi critici sulla rilevanza diretta di tale disposizione, ad una limitazione della applicabilità nel processo amministrativo del principio in materia; ricorso al paragrafo successivo per ulteriori approfondimenti. Sulla base della nozione di motivo di ricorso, analizzo nel modo che si è detto, si conferma che il contenuto di questo risultato oggetto di accertamenti pregiudiziali. Cenni di alcune decisioni del Consiglio di Stato, secondo le quali il contenuto del motivo di ricorso anzitutto delimita in modo più ampio; rilievi critici; conclusioni nel senso che, anche in questa ipotesi, la relazione tra esso e l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali rimane sempre. Rilievi finali su tale relazione

236-244

122.

Il problema dell'inquadramento dogmatico del motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo. Stato della dottrina. La tesi, secondo la quale il motivo di ricorso costituisce la causa potestiva del processo amministrativo. Rilievi critici; conclusioni negative circa l'accoglimento di essa. Il motivo di ricorso, come elemento di identificazione del ricorso stesso; argomenti tratti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tale fenomeno postula che il motivo di ricorso sia concreto, in qualche modo, con l'oggetto del giudizio. Si richiamano le considerazioni precedentemente svolte, circa il carattere meramente pregiudiziale, degli accertamenti vertenti sul motivo di ricorso; questo carattere esclude che la conoscenza tra motivo di ricorso e oggetto del giudizio sia una relazione di identità. La funzione di precisazione dell'oggetto del giudizio, svolta dal motivo di ricorso. Suo conseguenza, specie in ordine alla determinazione dei limiti obbligatorii della sua portata. Due considerazioni che si possono trarre dalla conclusione indicata: a) in ordine al fondamento del vincolo del giudice, nella valutazione della legittimità dell'atto impugnato, ai fini di questo dedotti dal ricorso; b) in ordine alla natura delle conseguenze, che discendono dalla genericità dei motivi proposti nell'atto introduttivo del ricorso

244-271

123.

I limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità e i limiti obbligatorii del giudice nel processo amministrativo. Cenni sullo stato della dottrina sulla teoria del giudice nel processo amministrativo. Le varie opinioni sostenute sui limiti di tale giudice. La relazione tra aspetti oggettivi e aspetti

soggettivi di tali limiti. La rilevanza determinante che acquista, in proposito, i caratteri del fenomeno sostanziale dell'annullamento dell'atto. L'opinione attualmente dominante. Rilievi sulla circostanza per cui il problema dei limiti del giudizio amministrativo è esaminato in dottrina sotto il profilo dei limiti della pronuncia di annullamento. Inquadramento di tale orientamento, in relazione alla disputa esistente nella dottrina del processo civile, tra i seguaci della teoria tradizionale, secondo la quale la base di giudizio andrebbe ricollegata all'accertamento che sarebbe da revisione in ogni sentenza, e scarsi della recente teoria, secondo cui tale fatto andrebbe riferito all'effetto proprio della sentenza (LURMAN, MICHALI). In tanto è possibile una interferenza tra i limiti obiettivi del giudizio, e i limiti della pregiudizialità, in quanto si delinea la natura della cosa giudicata secondo la impostazione tradizionale. Si parte da questo presupposto, il quale, però, non significa adesione alla teoria tradizionale, ma ha solo il valore di ipotesi di lavoro. Nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo accoglie il ricorso, l'accertamento che pure, secondo l'impostazione seguita, sarebbe da revisione nella decisione, è assorbito precisamente dalla pronuncia di annullamento. Rilevanza del problema dei limiti dell'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo, nell'ipotesi di ripetersi del ricorso per motivi di merito. Indicazione dei casi in cui si sono tali problemi. In base alla correlazione tra oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudizio, l'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo acquista forza di giudizio non in assoluto, ma solo con riferimento ai vizi dell'atto, dedotti dal ricorso, ed esclusi dal giudice amministrativo. Il problema degli accertamenti aventi carattere meramente pregiudiziale. Valutazione dell'art. 20 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, al fine di rilevare la correlazione tra oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudizio, anche prescindendo da ogni diretto riferimento alla teoria della pregiudizialità. Da tale norma, in tal modo, è possibile trarre conferma che questi accertamenti, che si sono definiti come meramente pregiudiziali, non passano in giudizio. Rilievi sulla corrispondenza tra i limiti della pregiudizialità, e i limiti obiettivi del giudizio nel processo amministrativo.

SECONDA SEZIONE

LE SINGOLE IPOTESI DI QUESTIONI PREGIUDIZIALI

19. Opportunità di distinguere anche nel processo amministrativo tra le questioni pregiudiziali in senso meramente logico e le questioni pregiudiziali in senso giuridico. La distinzione deve essere tracciata con gli stessi criteri precedentemente indicati su un piano generale; si deve considerare per questione pregiudiziale in senso tecnico, quella questione pregiudiziale in senso logico, che sia idonea a costituire oggetto di un autonomo giudizio. Esame delle ipotesi in cui una stessa questione può essere meramente pregiudiziale in un processo, e costituire oggetto del giudizio in un altro processo contemporaneamente pendente. La trasformazione di una questione pregiudiziale in causa. I presupposti cui essa è legata: a) la volontà della legge; b) la domanda di parte. Considerazioni negative sulla rilevanza di questa domanda nel processo amministrativo. Come sulla peculiarità della disciplina delle questioni pregiudiziali in senso tecnico per quel che riguarda la regolamentazione della loro trasformazione in cause pregiudiziali; conside-

razioni sulla maggiore importanza di quei profili della disciplina di queste, che, viceversa, sono estranei anche alle questioni pregiudiziali in senso meramente logico, ai fini di delimitare in modo successivo i caratteri propri del fenomeno della pregiudizialità. Le varie teorie sulla natura della pregiudizialità. In particolare: la teoria della pregiudizialità come interferenza tra giurisdizioni diverse; osservazioni critiche. La pregiudizialità è un fenomeno che si svolge, anzitutto, tecnicamente ad ogni singolo processo, ed è immanente in questo. La disciplina delle questioni pregiudiziali in senso giuridico ha lo stesso fondamento di quella delle questioni pregiudiziali in senso logico; anzi: il rapporto con cui andrebbe si pongono, nei confronti dell'oggetto del giudizio. La pregiudizialità può essere delimitata solo in relazione alla natura di oggetto del giudizio. Il problema dei limiti della pregiudizialità, il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio, il problema dei limiti oggettivi del giudizio sono sostanzialmente problemi identici. Conseguenze di tale impostazione: il giudice può sempre risolvere, senza efficacia di giudizio, tutte le questioni pregiudiziali che interessano nel processo che pendono davanti a lui, anche se queste appartengono alla competenza e alla giurisdizione di un giudice diverso. I casi in cui la legge dispone diversamente costituiscono altrettanti eccezioni a questo principio. Applicazione di questo al processo amministrativo. Le singole ipotesi di questioni pregiudiziali in senso giuridico che possono sorgere nel processo amministrativo. Necessità di una più dettagliata esposizione della loro disciplina. Inopportunità di tale esposizione in questa sede, in relazione a quelle ipotesi che sono disciplinate in modo del tutto indipendente dal processo amministrativo; in particolare: le questioni pregiudiziali costituzionali e quelle penali. Nella parte finale del presente lavoro, si esaminano quelle ipotesi di questioni pregiudiziali, che possono sorgere nel processo amministrativo, e che sono regolate in modo specifico, in relazione a questo; in particolare: le questioni pregiudiziali civili, e quelle amministrative.

20. Impostazione della analisi della disciplina delle questioni pregiudiziali civili, come esposti dall'art. 20 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. L'introduzione di tale norma nel sistema del processo amministrativo, e le ragioni di essa. Come della mancanza di una adeguata relazione al R. L'attribuzione al giudice amministrativo della competenza a risolvere in via incidentale le questioni pregiudiziali civili. Valutazione della dizione legislativa sul punto. L'effettiva portata normativa di questa individuazione delle ipotesi, in cui una questione relativa a diritti abbia carattere pregiudiziale, rispetto a quella della legittimità di un atto amministrativo. Come sulla possibilità di confusione di tale ipotesi, con diverse ipotesi, in cui la questione su diritti è collegata allo stesso oggetto del giudizio. Sovrapposizione, in tali casi, del problema della discriminazione di giurisdizioni tra il giudice ordinario e quello amministrativo, alla distinzione nettamente intesa tra ambito della pregiudizialità e oggetto del giudizio. Limiti dell'applicazione al caso in esame, del generale criterio di discriminazione di giurisdizioni che è sostenuto dalla giurisprudenza. Indicazione di criteri più adeguati a risolvere la questione. Come alla relatività delle situazioni di diritto e di interesse, e alla conseguente possibilità di doppia tutela giurisdizionale della posizione del soggetto: interferenza di questo fenomeno sul tema in esame. La competenza del giudice amministrativo a risolvere questioni pregiudiziali civili, le quali, se considerate come autonome oggetto del giudizio, dovrebbero essere decise in un pro-

non civile, le cui parti sarebbero diverse, da quelle del giudizio amministrativo

410-427

- § 21. Come delle eccezioni previste dall'art. 28, ultimo comma, al principio generale, per cui il giudice amministrativo può risolvere incidentalmente insieme le questioni pregiudiziali relative a diritti soggettivi perfetti. La querela di falso. Rilevi critici sulla nozione di « incidenti processuali ». Rinvio alle considerazioni precedentemente svolte, sul carattere di pregiudizialità del mezzo che lega la decisione della querela di falso, con la decisione sull'oggetto del giudizio. La disposizione dettata per il processo amministrativo, non è altro che una specificazione del principio generale, per cui la querela di falso non può mai essere decisa incidentalmente, ma solo *principaliter*, in un autonomo giudizio. Le questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone. Come sui dubbi relativi alla ratio e, quindi, alla portata di questa disposizione. I profili dogmatici della nozione di *status*. Lo *status* come la posizione che l'individuo acquista nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico. Tendenze della dottrina più recente, a qualificare come *status* numerosissime posizioni giuridiche aventi tale natura. Conseguente incidenza della nozione strettamente dogmatica di *status* a costituire la base per l'assigni della disposizione in esame. Significato tecnico della espressione usata nell'art. 28; sua sostanziale coincidenza con quella dell'art. 9 cod. proc. civ. Gli *status*, cui la previsione legislativa si riferisce, sono quelli di cittadinanza, e familiari. Le capacità, cui la stessa norma si riferisce, sono quella giuridica e quella di agire; esclusione delle delle c.d. capacità speciali, e della c.d. capacità naturale. Carattere eccezionale della disposizione che sottrae alla competenza incidentale del giudice amministrativo, la cognizione delle questioni relative allo *status* ed alla capacità delle persone; rilievi di tale carattere nella valutazione della portata della norma. Enumerazione analitica delle singole ipotesi che sono rinviate nella materia sottratta alla competenza incidentale del giudice amministrativo. Il problema se gli *status* e le capacità previste dalla legge si riferiscano solo alle persone fisiche e anche alle persone giuridiche; accoglimento della soluzione restrittiva. Considerazioni concernenti la circostanza per cui, nella maggior parte delle ipotesi enumerate, per esecuto vincolato al verificarsi di determinati presupposti di fatto l'attribuzione dello *status* e della capacità, questa non consegue automaticamente a tale verificarsi, ma trova la sua fonte in un atto di un organo giurisdizionale, in un procedimento contenzioso, e di volontaria giurisdizione, oppure di un organo amministrativo. In tali casi, la questione di stato non può concernere, direttamente, il verificarsi dei presupposti di fatto, ma solo l'esistenza, la validità e l'autenticità dell'atto costitutivo. La rilevanza, nella materia in esame, degli atti di stato civile. Il fondamento della disposizione che si esamina; cenno alla opinione dominante, in dottrina, che si basa su considerazioni di importanza e di delicatezza delle questioni di stato e di capacità; rilievi critici. L'unico fondamento di tale disposizione può essere rintracciato nella esigenza che determinate questioni siano decise *solo principaliter* e mai *incidenter tantum*. Conferma della prevalenza, nel fenomeno della pregiudizialità, del profilo attinente alla efficacia della decisione, rispetto a quello attinente alla competenza a decidere. L'esigenza che una determinata questione sia decisa anche in via principale deve valere anche nei confronti del processo civile. Di conseguenza, il giudice amministrativo può risolvere in via incidentale tutte le questioni relative allo *status* e alla capacità delle persone, le quali, se si pongono come pregiudiziali nel processo civile, possono essere risolte nella stessa maniera. Applicazioni di questa tesi. Il problema della determinazione del giudice competente a conoscere della legittimità di atti amministrativi, i quali incidano direttamente su status personali (cittadinanza, riconoscimento di figli naturali per decreto del Capo dello Stato, etc). Brevi considerazioni sul potere del giudice amministrativo di accertare incidentalmente la capacità di stare in giudizio della parte. Rilevi conclusivi, di carattere negativo, sulla portata normativa del terzo comma dell'art. 28

- § 22. Le questioni pregiudiziali amministrative nel processo amministrativo. Esempi. L'ipotesi che si esamina in questo paragrafo e il fenomeno della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel processo amministrativo. Cenno sulla esigenza di una distinzione. I termini con i quali può porsi il problema di una possibilità di disapplicazione nel processo amministrativo di atti illegittimi non impugnati. La soluzione negativa del problema affermata dalla giurisprudenza. Valutazione di questa. I caratteri della disapplicazione. Sua rilevanza nell'ambito di una serie procedimentale. Considerazioni sulla nozione di procedimento e sulla sua portata sostanziale, e non solo formale. Ogni atto del procedimento ha un proprio effetto sostanziale. La nozione di procedimento, e il fenomeno della c.d. invalidità derivata; osservazioni sul meccanismo del fenomeno. Rapporti tra disapplicazione di un atto illegittimo appartenente ad una serie procedimentale e invalidità derivata. La rilevanza sostanziale della disapplicazione; l'accidentalità del suo collegamento al processo. La disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo non è riservata ai soli organi giurisdizionali, ma può essere compiuta, talvolta, dagli stessi privati, e anche da organi amministrativi diversi da quello che ha emanato l'atto da disapplicare. La distinzione tra soluzione di una questione pregiudiziale e disapplicazione; la prima ha carattere di mera accertamento della situazione di fatto e di diritto, che è valutata dal giudice, la seconda concerne, invece, alla formazione di tale situazione. Il problema del possibile carattere costitutivo delle soluzioni delle questioni pregiudiziali: cenno sulla soluzione positiva affermata dalla dottrina; considerazioni critiche; accoglimento della soluzione negativa. Questa soluzione discende necessariamente dall'inquadramento, nella nel presente lavoro, del fenomeno della pregiudizialità, nell'iter logico compiuto dal giudice nella decisione della controversia sottoposta al suo esame

417-459

418-483

Indice per autori	485
Indice analitico	489

44285