

i beni potessero formare oggetto di negozio di diritto privato, negò che nella specie potesse, dal momento che era intervenuta la revoca della concessione amministrativa, farsi questione circa l'esistenza di un diritto, e che la controversia potesse essere devoluta pertanto all'autorità giudiziaria ordinaria, per rientrare invece nella sfera giurisdizionale del Consiglio di Stato (*Omissis*).

N. 1759. — Sez. Un. — 24 maggio 1951 — Pres. BRUNELLI — Est. SICILIANI — P. M. FRAGALI (concl. conf.) — Pisa (avv. Galluppi) c. Ministero pubblica istruzione (avv. Gen. Stato).

**Giurisdizione — Riparto giurisdizioni — Criterio discriminatore: natura della situazione giuridica.**

**Giurisdizione — Riparto giurisdizioni — Potere discrezionale, diritto soggettivo — Esistenza ed esercizio del potere.**

**Atto amministrativo — Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica — Comprensione — Prevalenza della discrezionalità amministrativa.**

*Il criterio di discriminazione della giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, va applicato non tanto in base alla formulazione della domanda proposta dalle parti, quanto alla effettiva natura della situazione giuridica, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, la cui lesione si fa valere.*

*Tutte le volte in cui manca un potere discrezionale dell'amministrazione non può non ricorrere una ipotesi di lesione di un diritto soggettivo; se tale potere invece sussiste, si verifica una ipotesi di lesione di un interesse legittimo.*

*Quando l'atto amministrativo è il frutto di una valutazione in cui i criteri tecnici si compenetrano intimamente con quelli amministrativi, si dà vita ad un'unica manifestazione di attività dell'organo amministrativo, interamente caratterizzata dalla sua discrezionalità.*

Sostengono i ricorrenti col primo motivo del ricorso che avendo essi, con le censure mosse dinan-

**Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo.**

1. La prima massima è perfettamente conforme all'attuale indirizzo giurisprudenziale; come è noto, tra il 1949 e il 1953 la giurisprudenza era orientata nel senso opposto (1), e cioè accoglieva la teoria c.d. della

(1) Cfr. le ampie indicazioni di giurisprudenza e di dottrina in SELVAGGI, *Tre anni di giurisprudenza sui criteri di distinzione fra diritto e interesse*, Riv. trim. dir. pubbl., 1955, 674 ss. e ALBANO, *La « causa petendi » come principale criterio discriminatore delle giurisdizioni*, Foro it., 1954, I, 779; in dottrina sono particolarmente importanti gli scritti di GUICCIARDI, « *Causa petendi* » e « *petitum* »: verso la soluzione di una crisi?, Giur. it., 1949, III, 145; TORRENTE, *Giurisprudenza della Suprema Corte su questioni attinenti alla giurisdizione*, Riv. trim. dir. pubbl., 1951, 251; CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, Riv. trim. dir. pubbl., 1952, pag. 630 ss. e nota 51.

zi al Consiglio di Stato, negato espressamente la sussistenza nell'immobile in questione degli specifici presupposti e dei concreti requisiti dalla legge previsti per l'assoggettabilità al particolare vincolo, dovevasi considerare da parte loro negata la esistenza di ogni potere dell'autorità amministra-

prospettazione, secondo la quale la determinazione del giudice competente dovrebbe essere fatta in base alla configurazione che la parte dà alla propria domanda, e non alla natura obbiettiva della controversia; posteriormente, la teoria della prospettazione fu generalmente abbandonata (2).

Si può notare, però, che la questione della rilevanza da dare alla formulazione della domanda in sede di discriminazione di giurisdizione non è certo nuova; il problema anzi era impostato negli stessi termini nei quali oggi è discusso già in un gruppo di decisioni tra il 1937 e il 1940 (3), e tracce di esso possono essere ritrovate anche precedentemente (4); e, a ben guardare, anche la famosa questione concernente la possibilità di far valere un diritto soggettivo come un interesse legittimo, chiedendo quindi al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo (5), può essere ricondotta nell'ambito del più generale problema del valore della formulazione della domanda.

Malgrado i molti scritti e le innumerevoli decisioni che in qualche modo hanno fatto riferimento alla teoria c.d. della prospettazione, ancora il problema generale della rilevanza della domanda nei confronti della determinazione degli estremi della controversia, e quindi del giudice competente, non sembra ancora del tutto chiarita; una soluzione definitiva della questione deve essere preceduta da una particolare puntualizzazione delle varie ipotesi che, in qualche modo, possono rientrare nel tema; si vedrà allora che non tutti i casi possono essere risolti in modo identico; comunque la configurazione che la parte dà alla controversia può, in alcuni di questi, assumere tutta una gamma di rilevanza, che non può essere colta riducendo il problema alla semplice alternativa di accettazione o rifiuto della teoria in parola.

Senz'altro è chiaro che il giudice non può essere vincolato all'interpretazione che la parte dà alle norme di diritto la cui applicazione è invocata a sostegno della pretesa, e quindi anche alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva, da esse scaturente, che ne faccia la parte stessa; non solo, ma è attualmente pacifico che il titolare di un diritto soggettivo non possa configurare questo come un mero interesse legittimo, chiedendo tutela contro la sua violazione, ad opera della pubblica amministrazione, agli organi di giustizia am-

(2) Vedi tra le altre le decisioni della Cassazione (Sez. Un.): 3 giugno 1954, n. 1913, *Giust. civ.*, 1954, I, 1295; 14 luglio 1954, n. 2461, *ivi*, 1954, 1735; 16 marzo 1956, n. 775, *Foro it. Mass.*, 1956, 147; 4 giugno 1956, n. 1874, *ivi*, 1956, 342; 25 giugno 1956, n. 2282, *ivi*, 1956, 420; 8 ottobre 1956, n. 3410, *ivi*, 1956, 628; per la giurisprudenza del Consiglio di Stato vedi, nello stesso senso: VI sez., 7 dicembre 1954, n. 875, *Foro amm.*, 1955, I, 3, 112 e soprattutto Ad. pl., 16 giugno 1954, n. 20, *ivi*, 1954, I, 4, 85.

(3) Cfr. *Relazione sull'attività del Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40*, vol. II, pag. 496.

(4) Cfr. *Relazione sull'attività del Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35*, vol. II, pag. 535, 536.

(5) La questione è troppo nota perchè sia necessario entrare nei particolari; essa è ad ogni modo ricordata in ogni trattazione di carattere generale; vedi per tutti: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II (*La giustizia amministrativa*), 7ª ed., Milano 1954, pag. 119; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ed., Padova 1954, pag. 444; vedi *ivi* l'indicazione della sentenza della Cassazione che decise il celebre caso Laurens e della ricchissima bibliografia sul punto.

tiva in ordine all'immobile stesso, il che, avrebbe dovuto portare a ritenere competente in materia il giudice ordinario.

Ma l'assunto non è fondato.

Basandosi sul tenore di testi legislativi vigenti i quali o (art. 386 c.p.c.) stabiliscono che la deci-

ministrativa: la distinzione tra diritto e interesse, infatti, non va cercata sulla base della maggiore o minore tutela che la legge accorda ad una situazione giuridica soggettiva, ma piuttosto sulla base della diversità qualitativa di tale tutela (5-bis).

Deve essere tenuta accuratamente distinta da questa ipotesi l'altra ipotesi, in cui la situazione giuridica soggettiva si presenta obbiettivamente, per certi aspetti, come una situazione di diritto perfetto, per altri come una situazione di mero interesse protetto (6); come è noto, recentemente, in seguito ad alcune discusse pronunce giurisdizionali, la questione ha interessato la dottrina, e sul punto sono comparsi numerosi e acuti scritti; la giurisprudenza, dopo alcune iniziali oscillazioni ha accolto l'opinione sostenuta dalla migliore dottrina (7) e si è consolidata nel senso che in questa ipotesi spetta al cittadino una doppia (o concorrente) tutela giurisdizionale, secondo che atteggi come diritto o come interesse la propria situazione giuridica che assume essere stata violata (8); il potere di scelta che quindi spetta al cittadino costituisce un caso in

(5-bis) Vedi CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1953, pag. 344.

(6) La fattispecie più nota, ma certo non la sola del genere, è quella che si riscontra nel procedimento istitutivo di certe imposte comunali di consumo su generi non previsti dalla tariffa, procedimento previsto dal D. L. 29 marzo 1947, n. 177; momenti essenziali di questo procedimento sono il decreto di autorizzazione del Comune da parte del Ministero e l'effettiva imposizione, ad opera del Comune, del tributo stesso; per il principio della attualità della lesione dell'interesse, il privato può far valere la eventuale illegittimità del decreto ministeriale di autorizzazione solo dopo l'effettiva imposizione del tributo, ma quando il tributo è effettivamente imposto, la lesione riguarda non solo un interesse legittimo, ma anche un diritto soggettivo perfetto; infatti, secondo l'impostazione del problema della discriminazione della giurisdizione di cui si dirà poi nel testo, se la posizione del privato nei confronti del potere del Ministro di autorizzare o meno il Comune, discutendosi solo della legittimità del suo esercizio, non può non essere qualificata che di mero interesse legittimo, nei confronti del Comune stesso assume le caratteristiche di diritto soggettivo perfetto, contestandosi in definitiva l'esistenza stessa del potere del Comune di imporre il tributo; di qui la questione di cui nel testo (v. in argomento i rilievi di SANDULLI, *op. loc. infra cit.*).

Per la questione connessa, di quale sia l'atto impugnabile, se l'atto-presupposto (nella fattispecie: il decreto ministeriale di autorizzazione) o finale (nella fattispecie: l'imposizione del tributo), vedine l'esposizione in SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione di competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Foro it., 1952, I, 1078, 1079; è da notare anche SANDULLI (*ivi*), aderisce all'opinione di MIELE (*Impugnativa dell'autorizzazione a istituire gli speciali tributi gli cui all'art. 10 d.l. 29 marzo 1947, n. 177, Corr. amm.*, 1952, 590), secondo cui l'atto impugnabile è in ogni caso l'atto finale, e modifica così l'opinione precedentemente espressa (*Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, pag. 370, 371) sostenuta anche da CASSETTA (*Diritto soggettivo e interesse legittimo, etc.*, cit., Riv. trim. dir. pubbl., 1952, pag. 654, 655), secondo cui l'atto impugnabile sarebbe più propriamente l'atto-presupposto.

(7) Vedi per tutte la fondamentale decisione del Consiglio di Stato, Ad. pl., 17 dicembre 1951, *Racc. giur. Cons. di Stato*, 1951, I, 1336.

(8) Vedi soprattutto gli importanti scritti di GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, Giur. it., 1951, III, 33; MIELE, *Impugnativa dell'autorizzazione, etc.*, cit., *Corr. amm.*, 1952, 590; SANDULLI, *Questioni recenti, etc.*, cit., *Foro it.*, 1952, I, 1077. Una giustificazione dogmatica di tale soluzione può essere tratta dalla affermazione, autorevolmente sostenuta (vedi MIELE,

sione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda; o (art. 2 legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E) dichiarano devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le materie in cui si faceva questione di un diritto civile o politico nei confronti della pubblica amministrazione, oppure (ar-

cui la configurazione che egli dà alla domanda importa un vincolo alla valutazione del giudice; volendoporre in relazione tale fattispecie con la teoria c.d. della prospettazione (9), questa, quindi, appare sotto questo profilo come valida.

Ma la questione della determinazione del valore della configurazione data dalla parte alla controversia presenta anche un altro aspetto, di solito non posto in luce: esso concerne la scelta delle norme da applicare ai fatti dedotti in giudizio; ci si può domandare fino a che punto il giudice sia vincolato all'esame dei fatti dal punto di vista delle norme proposte dalla parte, e non possa sostituire, a queste, altre norme che ritiene preferibili, e ritenere così la propria giurisdizione, di cui avrebbe altrimenti dovuto dichiarare il difetto; il problema sembra porsi in modo diverso secondo che sia adito il giudice ordinario o il giudice amministrativo; si afferma, infatti, che nel giudizio amministrativo il giudice possa valutare la legittimità dell'atto impugnato solo sotto il profilo giuridico proposto dal ricorrente; al contrario è noto il comune rilievo che davanti al giudice ordinario vige il principio « iura novit curia »; è da avvertire però che non sono del tutto chiari i limiti di applicazione di questo principio, giacché esso deve essere temperato con l'altro, per cui il giudice non può andare *extra nec ultra petita partium*, e cioè non può spostare i termini sostanziali della domanda: i poteri del giudice trovano in questo caso un limite nel principio dispositivo da cui è retto il processo civile; un approfondimento della questione postula tra l'altro la soluzione dei problemi che si agitano per la determinazione del concetto di *causa petendi*: le annose e vivaci dispute che sul punto si sono avute nella dottrina del processo civile (10) indicano l'incertezza della materia.

*Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova, 1953, p. 61, 62) della relatività delle situazioni soggettive di diritto e di interesse.

(9) MIELE tratta la questione di cui nel testo in nota (*Osservazioni in tema di noleggior obbligatorio*, Riv. dir. nav., 1950, 52) ad una decisione del Consiglio di Stato che costituisce un tipico esempio di accoglimento della teoria c.d. della prospettazione.

(10) L'aspetto della questione che qui più interessa è la rilevanza che assume la norma giuridica applicata al fatto per la individuazione della *causa petendi*; secondo trattazioni meno recenti dell'argomento la norma giuridica sotto la quale il fatto viene assunto non costituirebbe un elemento della *causa petendi*, e anzi era esplicitamente negato che il mutamento dell'inquadramento giuridico del fatto importasse mutamento di *causa petendi* (vedi per tutta la fondamentale impostazione del problema: in CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli 1923, pag. 283 ss.; *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933, vol. I, pag. 326 ss.); tale orientamento non sembra essere mutato nella dottrina più recente; cfr. però CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova 1943, vol. I, pag. 139, che esplicitamente accenna, in sede di precisazione del concetto di *causa petendi*, e come momento di questa, alla affermazione della coincidenza dell'interesse dell'attore, scaturente dai fatti portati all'esame del giudice. « ... con quel tipo di interessi ai quali una o più norme giuridiche accordano in astratto protezione ».

La rilevanza della norma giuridica sembra non costituire un punto di dissenso nella dottrina tedesca, nella quale la disputa sul concetto di *causa petendi* è piuttosto viva tra i seguaci della *Individualisierungstheorie*, secondo la quale il *Klagegrund* è costituito dal rapporto giuridico, da cui scaturisce la pretesa, e i seguaci della *Substantivierungstheorie*, secondo la quale, invece il *Klagegrund* è costituito dai fatti, sui quali è basata la domanda (Vedi sul punto: STEIN-JONAS, SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivil-*

articolo 26 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) attribuiscono alla cognizione del Consiglio di Stato tutti i ricorsi che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, fatto valere nei confronti di un'autorità amministrativa o di

Le osservazioni fin qui fatte mostrano come ancora non sia definitivamente chiarita la rilevanza della configurazione della domanda, come vincolo ai poteri del giudice di apprezzare liberamente i termini della controversia, e quindi di determinare la giurisdizione sulla controversia stessa; è certo però che se per certi aspetti la teoria della c.d. prospettazione è inaccettabile, vi sono certe ipotesi in cui invece la formulazione della domanda è decisiva anche ai fini dell'individuazione dell'organo giurisdizionale competente.

2. Passando poi al punto specifico, concernente il criterio di discriminazione della giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, la sentenza che si annota afferma la giurisdizione del primo, se la controversia verta sull'esistenza stessa del potere di cui è estrinsecazione l'atto lesivo, e la giurisdizione del secondo, se invece si contesti solo la legittimità dell'esercizio di tale potere; è questo il principio ribadito in una innumerevole serie di decisioni (11) e che quindi costituisce massima consolidatissima.

Un simile indirizzo, però, almeno secondo gli intendimenti della giurisprudenza, non significa l'abbandono del criterio di discriminazione basato sulla distinzione tra diritti e interessi (12), criterio la cui validità è espressamente ribadita in moltissime recenti sentenze (13), nè potrebbe essere altrimenti tenuto conto del chiaro tenore delle norme che regolano la materia.

*prozessordnung*, 18<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1953, vol. I, ad par. 253, III b; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7<sup>a</sup> ed., München u. Berlin, 1956, pag. 426 ss.; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen 1952, pag. 160; BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 24<sup>a</sup> ed., München u. Berlin, 1956, pag. 434; HOCHÉ, *Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Darmstadt, s. a., pag. 514 ss.).

La rilevanza della norma nei confronti della *causa petendi* sembra presupposta al contrario dalla giurisprudenza in materia di mutamento della domanda nel giudizio civile di secondo grado: la questione è impostata in modo da dover ammettere dei mutamenti di *causa petendi* che non sono effetto del mutamento dei fatti sui quali si basa la domanda: evidentemente se i fatti rimangono inalterati, quel che può variare è solo il profilo giuridico la cui rilevanza nei confronti della *causa petendi* viene così implicitamente affermata (le decisioni in questo senso sono numerosissime; vedi, per esempio, le seguenti pronunce della Cassazione: 15 febbraio 1955, n. 427, *Foro it. Rep.*, 1955, v. *Appello (in materia civile)*, 159; 22 febbraio 1955, n. 519, *ivi*, 160; 21 aprile 1955, n. 1125, *ivi*, 165; 12 maggio 1955, n. 1359, *ivi*, 170; 6 luglio 1955, n. 2085, *ivi*, 171).

(11) Vedi, a puro titolo esemplificativo: Cass., Sez. un., 11 luglio 1955, n. 2194, *Foro amm.*, 1956, II, 1, 18; Trib. Napoli, 21 maggio 1954, *Foro it.*, 1955, I, 773; Trib. Bolzano, 20 maggio 1954, *Giur. it.*, 1955, I, 2, 791; vedi inoltre le sentenze citate nella nota 32.

(12) SELVAGGI, *Tre anni, etc.*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 671, 672, sostiene che sarebbe augurabile se, ai fini pratici, la determinazione della giurisdizione fosse compiuta non più sulla base della distinzione tra diritto e interesse, ma su quella della distinzione tra esistenza e legittimità di esercizio di un potere della pubblica amministrazione.

(13) Vedi tra le numerosissime sentenze che contengono una simile affermazione: Cass. 18 febbraio 1955, n. 474, *Riv. fisc.*, 1955, 619; Cass. 28 settembre 1955, n. 2656, *Foro it. Rep.*, 1955, v. *Competenza e giurisdizione in materia civile*, 119; Cass. 12 ottobre 1955, n. 3044, *ivi*, 116; Cass. Sez. un., 24 maggio 1956, n. 1758, *Foro it. Mass.*, 1956, 320; Cass. 8 ottobre 1956, n. 3410, *ivi*, 1956, 628; App. Torino, 8 giugno 1955, *Foro pad.*, 1955, II, 61; App. Genova, 26 febbraio 1955, *Temì gen.*, 1955, 177; Trib. Lecce, 1 febbraio 1955, *Giust. civ.*, 1956, I, 1013; Cons. di Stato, IV sez., 27 maggio 1955, n. 385, *Foro amm.*, 1955, I, 1, 278; Cons. giust. amm. sic., 1

un corpo amministrativo deliberante, questo Supremo Collegio ha già avuto modo, in ripetute pronunce, di fissare il criterio di discriminazione fra la competenza del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo nelle materie nelle quali quest'ultimo non ha competenza esclusiva, facen-

Il principio affermato in giurisprudenza, al contrario, presuppone l'accettazione della tesi secondo la quale «... qualsiasi diritto soggettivo, anche se di natura patrimoniale, degrada ad interesse legittimo tutte le volte che una pubblica potestà possa interferire su di esso» (14).

La giurisprudenza prende in tal modo posizione rispetto ai molti problemi che si agitano intorno alla distinzione tra diritto e interesse, e, di conseguenza, sulla natura della giurisdizione amministrativa.

La distinzione tra diritto e interesse è stata sempre oggetto di molte discussioni: questa è la diretta conseguenza dell'avere il legislatore basato su tale distinzione puramente dogmatica la discriminazione di giurisdizione originaria e amministrativa; è noto, d'altra parte, come in tempi recenti (intendendo quest'espressione in senso relativo), la tormentata materia sia stata ulteriormente complicata per un doppio ordine di motivi; anzitutto, uno dei due termini in esame, e precisamente il concetto di diritto soggettivo, nella sua formulazione tradizionale è stato sottoposto a vivaci critiche, particolarmente, da studiosi del diritto civile: il movimento di revisione del concetto tradizionale, che costituiva la sintesi delle celebri definizioni dello JHERING e del WINDSCHEID, ha portato a risultati tra loro assai contrastanti, secondo i quali è stata da taluni (BARBERO) negata la qualifica di diritto soggettivo al diritto di credito, e da altri (BALLADORE) al diritto di proprietà; non potendo qui procedere ad una dettagliata analisi delle varie teorie sul punto, appare assai difficile sintetizzare correnti tra di loro così lontane; d'altra parte, è stata però affermata (15) la necessità per il diritto amministrativo di tener conto di quelli che sono i risultati di tali indagini compiute in altri campi del diritto.

Ma anche per quel che riguarda specificamente il diritto amministrativo, sono note le critiche mosse a quella formulazione della distinzione tra diritto e interesse che era sostenuta dalla dottrina dominante, secondo la quale il diritto soggettivo è interesse individuale protetto direttamente dall'ordinamento, mentre l'interesse legittimo è interesse individuale che viene a coincidere con un interesse generale, e la tutela accordata al secondo si rifrange anche sul primo (16); e in realtà non è ben chiaro il meccanismo mediante il quale una sola norma tuteli obbiettivamente un interesse di due soggetti diversi (17).

La ricostruzione del concetto di interesse legittimo è stata tentata in varie direzioni; prescindendo dall'esposizione della teoria del Guicciardi, troppo nota perchè sia necessario qualsiasi accenno, si noterà come la dottrina più recente tenda a porre l'accento sulla esistenza di un interesse strumentale del cittadino alla legalità del comportamento della pubblica amministrazione dicembre 1955, n. 181, *Racc. giur. Cons. di Stato*, I, 1434.

(14) TORRENTE, *Giurisprudenza della Suprema Corte, etc.*, cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 251; cfr. Cass. Sez. un., 21 febbraio 1956, n. 486, *Foro amm.*, 1956, II, 1, 194.

(15) ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 308.

(16) Vedi per tutti ZANOBINI, *Corso, cit.*, vol. I, 7<sup>a</sup> ed., Milano 1954, pag. 185 ss.

(17) Per una simile critica vedi per tutti: CASSETTA, *Diritto soggettivo, etc.*, cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 614.

dolo derivare non tanto dalla formulazione della domanda proposta (*petitum*) quanto e soprattutto dalla effettiva natura della lesione con essa denunciata. Si che per stabilire se la cognizione di una determinata controversia spetti all'un giudice o all'altro non basta soffermarsi sulle richieste formulate dalla parte, ma occorre di volta in volta

zione (18); secondo un'opinione, l'interesse legittimo coincide appunto con tale interesse strumentale (19), che, è stato sostenuto, avrebbe per presupposto una situazione di diritto soggettivo (20); secondo altra opinione, invece, l'interesse protetto è un interesse di fatto, che assume giuridica rilevanza per la sua lesione ad opera di un atto amministrativo illegittimo; per ottenere la tutela di questo interesse di fatto, il cittadino ha « ... pure, necessariamente, un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo » (21).

Come si vede, molte sono le strade battute nel tentativo di costruire la figura dell'interesse legittimo, tenendo conto (o tendendo a tener conto), che questo gode di una tutela che direttamente è data ad un interesse diverso, ma che ciò nonostante, esso presenta le caratteristiche della individualità e della giuridicità (22); è chiaro che non si può in questa sede procedere ad una analisi critica delle varie teoriche sostenute (23); sembra però che il punto di partenza da adottare sia costituito dalla distinzione tra dovere e obbligo (24); ossia, posto che la pubblica amministrazione è vincolata nel suo comportamento da una serie di norme, alcune di queste fondano un obbligo, perchè al privato è attribuito un diritto corrispondente ed egli cioè « ... può agire per pretenderne in modo decisivo il loro soddisfacimento... »; le altre norme fondano un dovere, perchè il privato non ha un diritto di pretenderne soddisfazione (25); ciò però non vuole ancora dire che queste norme tutelino solo interessi della pubblica amministrazione: si può infatti tutelare l'interesse di un soggetto attribuendo ad un altro un determinato dovere, senza che a questo corrisponda un diritto; è stato così distinto accanto agli interessi occasionalmente protetti, un gruppo di interessi direttamente protetti, nei quali l'ordinamento giuridico mira alla tutela di interessi dei privati, vincolando il comportamento della pubblica amministrazione, senza attribuire ai privati stessi un diritto corrispondente (26).

(18) Contro l'esistenza di un diritto alla legalità degli atti amministrativi vedi SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3ª ed., Padova 1937, pag. 153.

(19) ALESSI, *La crisi attuale, etc.*, cit. *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 325; CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 348; *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1956, pag. 24; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pag. 275, nota 33; per una critica della tesi di GUARINO, vedi CASSETTA, *Diritto soggettivo, etc.*, cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 617, 618.

(20) CANNADA-BARTOLI, *op. loc. cit.*

(21) CASSETTA, *Diritto soggettivo, etc.*, cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 618 ss.

(22) Cfr. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 24.

(23) Per una dettagliata esposizione dello stato della dottrina vedi recentemente CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956, pag. 241 ss.; questo autore nega (pag. 262), che l'interesse protetto costituisca una situazione giuridica soggettiva, e afferma (pag. 339 ss.) che l'oggetto della giurisdizione amministrativa è costituito dalla legittimità di un atto amministrativo annullabile.

(24) Per la distinzione tra queste due figure vedi SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, v.: *Doveri, obblighi*, specialmente pag. 104, 105.

(25) Vedi in questo senso: SANTI ROMANO, *Corso*, cit., pag. 145.

(26) Così SANTI ROMANO, *Corso cit.*, pag. 153, 154.

indagare e stabilire se la violazione che si assume occorre ad opera della pubblica amministrazione ipotesi di lesione di diritto subbiettivo, dovendosi nel primo caso affermare la competenza del giudice ordinario, quella del giudice amministrativo nell'altro.

E poichè alla stregua di concetti ormai ben noti

Un approfondimento della distinzione tra diritto e interesse deve senz'altro essere condotta sulla base di quell'aspetto della distinzione tra norme di relazione e norme di azione che costituisce la parte più valida della teoria su di essa fondata; l'attribuzione di una situazione di diritto soggettivo sembra infatti la conseguenza della risoluzione di un conflitto di interessi interindividuale, e della disciplina giuridica rivolta direttamente alla risoluzione di tale conflitto; la posizione di interesse legittimo, invece, deriva da norme dettate « ... per regolare l'attività che l'Amministrazione pone in essere per l'attuazione e lo svolgimento dei rapporti già regolati dalle norme di relazione » (27); in sostanza, con le norme di relazione l'ordinamento giuridico statale regola i rapporti tra la sfera giuridica della pubblica amministrazione e la sfera giuridica del privato; con le norme di azione, invece, l'ordinamento giuridico detta una « ulteriore » disciplina, che costituisce un limite alla sfera giuridica della pubblica amministrazione, solo considerata nel suo rapporto con l'ordinamento statale.

In sostanza crediamo che le distinzioni tra diritto e interesse quali sono delineate nella letteratura pubblicistica e nella giurisprudenza pongano in luce aspetti di notevole pregio che è forse il caso di conservare e di approfondire senza eccessivi intorbidamenti con orientamenti privatistici di problematico risultato. In modo particolare ci sembra degno di rilievo quell'indirizzo giurisprudenziale cui si è sopra accennato e che concentra l'attenzione sul concetto di potere e su quello, distinto, dell'esercizio del potere medesimo.

Siamo tratti a ravvisare, in questa tendenza, l'influsso delle elaborazioni del concetto di potere e di diritto soggettivo secondo una nota dottrina (28), nonchè dei collegamenti di questa con altra, della stessa fonte, sul concetto di autonomia (29), definita come « potestà di darsi un ordinamento ».

Questi rilievi potrebbero condurre lontano, qualora si tenga conto delle basi dogmatiche della teoria degli ordinamenti giuridici col suo ben noto aspetto della pluralità di questi ordinamenti (30). È però ben chiaro che in questa sede non può farsi più che un mero accenno a queste concezioni, rimandandosi ad altra occasione l'indicazione di alcuni spunti costruttivi.

Per i rilievi che riguardano specificamente la sentenza che qui si annota ci si basa perciò sulla distinzione tra diritto e interesse così come è formulata dalla sentenza stessa, e dalla giurisprudenza consolidata, senza ulteriori tentativi di approfondimento; in sostanza, facendo riferimento alla distinzione tra controversia sull'esistenza del potere e controversia sulla legittimità del suo esercizio, la giurisprudenza afferma che si fa questione di diritto soggettivo tutte le volte che si discuta « ... su quegli elementi o fattori senza i quali

(27) GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., pag. 34. Cfr., Cass., Sez. un., 15 marzo 1956, n. 762, *Foro amm.*, 1956, II, 1. 227.

(28) SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., v. *Poteri, Potestà*.

(29) SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., v. *Autonomia*, specialmente pag. 14.

(30) Vedi per tutti: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, specialmente pag. 86 ss.; GIANINI M. S., *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, *Atti del XIV Cong. int. di sociologia* (vol. IV).

è dato di ravvisare la sussistenza di un diritto subiettivo là dove l'ordinamento accorda all'interesse del privato una tutela immediata e diretta, con esclusione di ogni potere di interferenza da parte dell'amministrazione, mentre deve affermarsi la sussistenza di un interesse legittimo in pre-

non è possibile concepire il potere come esistente. Tali sono appunto il soggetto e l'organo, o gli organi cui esso è attribuito, l'oggetto su cui viene a incidere, il contenuto, i limiti spaziali e temporali o le circostanze entro cui è circoscritto » (30-bis).

D'altra parte, come si è visto, la posizione di interesse legittimo scaturisce dalle norme che regolano l'esercizio del potere in tal modo individuato (31): è da notare, però, che questi vincoli, che attengono all'esercizio del potere, possono avere per contenuto quegli stessi elementi prima indicati, che, in definitiva, costituiscono i limiti esterni di sussistenza del potere medesimo.

Esaminando l'applicazione di tali principi, fatta dalla sentenza che si annota, sembra opportuno rilevare due aspetti inaccettabili di essa.

Anzitutto essa sembra accogliere il principio, sostenuto da un numero di decisioni purtroppo assai numerosi (32), secondo cui la distinzione tra controversia sull'esistenza e controversia sulla legittimità di esercizio va applicata non a qualsiasi potere, ma solo a poteri discrezionali; una simile affermazione presuppone evidentemente, che di fronte all'attività completamente vincolata della pubblica amministrazione, la posizione soggettiva del privato che ne risulta non può essere che di diritto soggettivo, mentre, d'altra parte, di fronte ad un potere discrezionale, tale posizione deve essere necessariamente di interesse (33).

Queste proposizioni sono ambedue inesatte (34); per quel che riguarda la prima, si può facilmente notare come ammettendo l'esistenza di norme, che vincolano la pubblica amministrazione, senza che al dovere, che ne scaturisce, corrisponda un diritto soggettivo del privato, si è già affermato che attività vincolata dell'amministrazione e diritto soggettivo del privato non sono termini necessariamente coincidenti: ciò del resto è nitidamente esposto in qualche perspicua decisione che ha trattato l'argomento *ex professo* (35).

Per quel che riguarda la seconda, è noto come in dottrina sia stata spesso sostenuta la compatibilità di un potere discrezionale della pubblica amministrazione

(30-bis) Così: CASSETTA, *Diritto soggettivo, etc., cit., Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 640.

(31) Esattamente, MIELE afferma che la posizione di interesse è salvaguardata solo «... dall'osservanza delle modalità e dei presupposti per l'esercizio del potere...» (*Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova, 1953, pag. 53).

(32) Vedi tra le altre le seguenti pronunce della Cassazione, Sez. un.: 9 giugno 1951, n. 1471, *Foro it.*, 1952, I, 1, 1973; 12 marzo 1954, n. 701, *Giust. civ.*, 1954, 623; 11 ottobre 1954, n. 3556, *ivi*, 1954, 2342; 23 maggio 1955, n. 1514, *Foro amm.*, 1955, II, 1, 95; 21 febbraio 1956, n. 486, *ivi*, 1956, II, 1, 194; 10 giugno 1955, n. 1785, *Foro it.*, 1956, I, 560; 5 giugno 1956, n. 1907, *Foro it. Mass.*, 1956, 349; 8 giugno 1956, n. 1973, *ivi*, 1956, 361; vedi nello stesso senso anche: Trib. Sup. Acque, 18 giugno 1954, n. 20, *Foro amm.*, 1954, II, 2, 45; App. Palermo, 4 giugno 1954, *Foro sic.*, 1955, 46.

(33) Vedi le affermazioni in questo senso, particolarmente recise, di Trib. Catanzaro, 3 maggio 1954, *Calabria giur.*, 1954, 793.

Vedi anche, in senso analogo: Cass., Sez. un., 8 luglio 1955, n. 2129, *Giur. it.*, 1955, I, 803; Cons. di Stato, VI sez., 3 marzo 1954, n. 125, *Racc. giur. Cons. di Stato*, 1954, I, 296.

(34) Vedi per una critica: CASSETTA, *Diritto soggettivo, cit., Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 637 ss.

(35) Particolarmente pregevole, in questo senso, la pronuncia delle Sez. Un. della Cassazione, 8 luglio 1955, n. 2129, *Giur. it.*, 1955, I, 803. Cfr. anche Cass., Sez. un., 15 marzo 1956, n. 762, *Foro amm.*, 1956, II, 1, 227.

senza di una potestà riconosciuta dall'ordinamento in funzione dell'interesse generale e di fronte alla quale la tutela dell'interesse del singolo può essere soltanto occasionale e condizionato alla tutela dell'interesse pubblico, ne consegue ulteriormente che l'indagine di volta in volta da compiersi si so-

con una situazione di diritto soggettivo del privato (36); a questo principio è stato volta a volta dato un vario valore (37), ed esso è stato sostenuto su diverso fondamento, che non importa qui analizzare; qui interessa solo notare come la contraria affermazione contenuta nella sentenza che si annota non sia conforme alle conclusioni a cui arriva parte della dottrina, e che perciò, in ogni caso, il punto meriterebbe un approfondimento; tra l'altro, sembra che l'espressione « potere discrezionale » sia intesa con una pluralità di significati, tra di loro non coincidenti; in particolare, talvolta si parla di discrezionalità in relazione al potere della pubblica amministrazione di emanare atti di natura costitutiva che, cioè, modificano la situazione giuridica preesistente; tal'altra, invece, viene richiamato il concetto di discrezionalità anche ad atti di puro accertamento, e i cui effetti giuridici sono non solo stabiliti, ma anche direttamente determinati dalla legge (38); in questo secondo caso, la discrezionalità non esclude l'esistenza di un diritto soggettivo; trattando del problema della compatibilità del potere discrezionale dell'amministrazione con un diritto soggettivo sembra che si debba tener conto anche di questo aspetto della questione. Non è possibile qui approfondire il concetto di discrezionalità; è chiaro comunque che la accennata distinzione, tra discrezionalità che riguarda atti costitutivi, e discrezionalità che riguarda atti di accertamento non ha nulla a che vedere con le varie teorie sostenute a proposito della natura della discrezionalità; se cioè il momento essenziale di questa sia di natura intellettuale (W. JELLINEK) o volitiva (LAUN) o se in essa abbia rilevanza sia il momento intellettuale come quello volitivo (GIANNINI).

4. L'altro punto della sentenza annotata che lascia assai perplessi riguarda specificamente l'applicazione al caso concreto del criterio di distinzione.

Dalla motivazione assai succinta non è purtroppo possibile ricostruire esattamente la fattispecie decisa; oggetto della controversia era però sicuramente l'atto con cui l'amministrazione ha vincolato un immobile di interesse artistico in base agli artt. 1 e 3 della legge 1 giugno 1939 n. 1089, sulla tutela delle cose di interesse artistico o storico.

L'art. 1 dichiara soggette alla disciplina contenuta dalla legge stessa cose che «... presentano interesse ar-

(36) Cfr. per esempio: GUICCIARDI, *La giustizia, cit.*, pag. 305 ss., e la bibliografia ivi citata.

(37) Anche i rapporti tra discrezionalità e diritto è assai interessante la concezione di MIELE (*Principi, cit.*, pag. 61), secondo cui i concetti di diritto e di interesse hanno un valore essenzialmente relativo, e una data situazione soggettiva per certi aspetti può essere considerata come un diritto, per altri come un interesse.

(38) Cfr. sostanzialmente in questo senso: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche, etc., cit.*, pag. 294 ss.; per altra recisa affermazione della compatibilità tra discrezionalità amministrativa e diritto soggettivo del privato, vedi, sempre di CASSARINO, *Atti amministrativi discrezionali e disapplicazione in giudizio, retro*, 164 ss.

(39) Per chiarimento si può fare il seguente esempio: l'ipotesi in cui la legge attribuisce alla pubblica Amministrazione il potere di concedere un sussidio agli individui che essa consideri bisognosi, è ben distinta da quella in cui la legge attribuisca un diritto ad un sussidio agli individui bisognosi, anche se l'accertamento del requisito dello stato di bisogno è demandato alla pubblica amministrazione; sul punto cfr. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, 2ª ed., Milano, 1956, pag. 43 ss.

stanza in definitiva nell'accertamento sulla sussistenza o meno di un potere discrezionale della pubblica amministrazione, mancando il quale non può che ricorrere ipotesi di lesione di diritto subiettivo, suscettibile di denuncia dinanzi al giudice ordinario, verificandosi, invece, nel caso opposto, ipo-

tistico, storico, archeologico o etnografico...», con esclusione delle opere di autori viventi, o la cui esecuzione risalga a meno di cinquanta anni; l'art. 3 stabilisce che il Ministro della pubblica istruzione può notificare (con particolari conseguenze che qui non interessano) «...le cose indicate nell'art. 1 che siano di interesse particolarmente importante».

La sentenza che si annota afferma che un potere discrezionale dell'amministrazione di imporre il vincolo previsto dalla legge del '39 esiste senz'altro; che quindi ogni contestazione può riguardare solo la legittimità dell'esercizio di tale potere e che, in base al criterio di distinzione adottato, la posizione del privato fatta valere in giudizio non può essere che di interesse protetto.

Una simile tesi appare chiaramente inesatta; in realtà, come si è prima accennato riportando le parole di CASSETTA, si devono distinguere quegli elementi o requisiti del potere, che sono previsti dalla legge per la sua stessa esistenza, da quei requisiti che sono invece previsti come condizione di legittimità del suo esercizio; ora nella motivazione della sentenza che si annota non vi è nessuna traccia che permetta di stabilire come questa distinzione è stata applicata alla fattispecie decisa.

In realtà, dalla lettura degli artt. 1 e 3 della legge citata, sembra che le caratteristiche delle cose, dettate nell'art. 1 indichino l'oggetto del potere di cui all'art. 3, nel senso che ne limitano l'esistenza; al contrario, l'art. 3 detta un ulteriore requisito che attiene al solo esercizio di tale potere; di conseguenza, tutte le volte che si controverta della legittimità (o liceità) di un atto amministrativo di vincolo, per determinare il giudice giurisdizionalmente competente si deve distinguere secondo che si contesti che la cosa vincolata abbia le caratteristiche di cui all'art. 1, o quella di cui all'art. 3.

Per esempio: l'amministrazione vincola un quadro, affermando che esso costituisce opera di autore appartenente ad una data scuola i cui esemplari sono rari, e che perciò, presenta un particolare interesse; se il proprietario afferma, al contrario, che quel quadro è semplicemente una copia fatta in epoca recente, si nega l'esistenza in esso delle caratteristiche previste dall'art. 1 (interesse artistico) e si contesta, in definitiva il potere dell'amministrazione di procedere al vincolo; se invece si afferma che il quadro, pur essendo artisticamente interessante, è opera di altro autore, appartenente ad altra scuola, si fa valere un vizio (eccesso di potere per falsità di presupposto, o per travisamento dei fatti), in cui è incorsa l'amministrazione nell'apprezzamento del presupposto che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere (40).

È da osservare che la nozione di «interesse particolarmente importante» di cui all'art. 3 sembra differire non solo quantitativamente da quella di «inte-

(40) Le due ipotesi possono presentare qualche interferenza: infatti, mantenendoci nei limiti dell'esempio proposto, la mancanza di autenticità del quadro vincolato può essere fatta valere come falsità del presupposto: sotto questo profilo la posizione del privato si presenta come una posizione di interesse; e si troverebbe quindi in presenza di uno di quei casi di doppia tutela prima ricordati; ciò può spiegare come sia sorta la questione della «prospettazione» in relazione alla fattispecie decisa dalla sentenza che si annota.

tesi di lesione di interesse legittimo, con la conseguente possibilità di adire il giudice amministrativo, nelle speciali previsioni contemplate dalla legge.

Per quanto concerne il caso in esame, è fuori dubbio che il complesso delle norme disciplinanti

resse artistico, storico, etc.» di cui all'art. 1; infatti mentre questa sembra essere una nozione strettamente tecnica, la prima pare debba essere valutata discrezionalmente con riferimento a quei fini per i quali è previsto il potere di vincolo (41); così, posto che due quadri di due diversi autori presentino un interesse artistico dello stesso grado, può darsi che l'amministrazione ritenga di vincolare uno dei due quadri, e non l'altro, in relazione, poniamo, al maggiore o minore numero di opere dei due autori che esistono in Italia.

5. In base alle osservazioni fin qui fatte è agevole accennare anche qualche rilievo sull'ultima parte della sentenza che si annota, e nella quale viene sfiorato il problema della discrezionalità tecnica.

La sentenza in esame prende in considerazione la discrezionalità tecnica da un punto di vista, si può dire, marginale; non viene toccato il gravissimo punto della determinazione del concetto di essa, come nozione autonoma e distinta dalla discrezionalità c.d. amministrativa o pura; è noto che tale distinzione è assai discussa, sia sotto il profilo della sua stessa ammissibilità, sia sotto quello del criterio distintivo che appare preferibile; sulla difficoltà della materia esercitano senz'altro il loro influsso le incertezze che si registrano nella determinazione della stessa nozione di discrezionalità amministrativa.

Non solo, ma la sentenza in esame non affronta direttamente neppure il grosso problema che concerne la sindacabilità, in via generale, della discrezionalità tecnica da parte del giudice ordinario e amministrativo; è noto come la questione si ponga in modo diverso nei confronti di questi due giudici, e i risultati ai quali, pur con notevole incertezza, pervengono dottrina e giurisprudenza sono antitetici nelle due ipotesi; infatti, la dottrina (42) e la giurisprudenza prevalenti sono nel senso che il giudice ordinario possa sindacare la discrezionalità tecnica, anche se non vi è accordo sui limiti di questo sindacato (43) mentre al contrario si ritiene che tale sindacato sia precluso al giudice amministrativo; la incongruità di questo risultato dovrebbe essere un indice già di per se sufficiente a mostrare la necessità di una revisione dell'intera materia.

La questione può essere comunque qui tralasciata, giacché la decisione che si annota accenna alla discrezionalità tecnica solo sotto un profilo assai limitato, sostenendo la sua insindacabilità da parte del giudice amministrativo, quando essa è talmente commista con la discrezionalità amministrativa, sì che l'atto emanato appare caratterizzato totalmente da questa (44).

(41) In dottrina l'opera fondamentale in argomento è il lavoro di CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico storico*, Padova, 1953; vedi specialmente pag. 111 ss.

(42) Cfr. da ultimo sul punto CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria, etc., cit.*, pag. 74 ss., con una accurata esposizione delle principali tesi sostenute in dottrina.

(43) Per esempio, mentre la decisione Cass., Sez. un., 31 luglio 1955, n. 2482, *Giust. civ.*, 1956, I, 51, afferma che la discrezionalità tecnica è insindacabile dal giudice ordinario quando i criteri tecnici sono collegati a quelli amministrativi, in modo da costituire il necessario preliminare o presupposto alla emanazione dell'atto, in senso contrario sembra la decisione di App. Catanzaro, 30 novembre 1953, *Foro it. Rep.*, 1954, v. *Competenza e giurisdizione in materia civile*, 77.

(44) Sia detto, di passata, che con questo ragionamento la Suprema Corte sembra lasciare intendere che la

la materia (art. 1, 2, e 3 della legge 1 giugno 1939 n. 1089) porti senz'altro ad affermare l'esistenza di un potere discrezionale della pubblica amministrazione (in particolare del Ministro della pubblica istruzione) cui, in vista di esigenze di carattere generale è consentito di interferire nella sfera dei diritti del privato, i quali, quando quel potere sia esercitato, vengono a rimanere sacrificati e a degradare al rango di interessi legittimi. E nell'esercizio di tale potere discrezionale, come esattamente osservò la decisione impugnata, non può naturalmente non farsi rientrare il compito dell'amministrazione di valutare caso per caso, la rilevanza degli elementi e delle circostanze che possono giustificare l'inclusione dei singoli immobili nella categoria.

Quella delle ville, dei parchi e dei giardini che abbiano interesse storico o artistico — dalla legge contemplata ai fini dell'assoggettamento alla particolare disciplina, la quale, peraltro, non pone limiti di sorte alla suddetta valutazione.

Si che contestandosi come si fece dagli odierni ricorrenti nell'adire il Consiglio di Stato, la esistenza dei presupposti e dei requisiti per l'assoggettabilità al vincolo dell'immobile in questione, non vollesse che investire l'esercizio dato in concreto dall'amministrazione dei suoi poteri discrezionali, esercizio, dal quale non essendo potuto deri-

Ora si può dubitare che il fenomeno indicato si possa verificare nella fattispecie in esame; invero, la discrezionalità tecnica può anzitutto venire in considerazione quando si controverta se la cosa vincolata abbia le caratteristiche di cui all'art. 1 della legge citata; in questo caso si è già detto che la giurisdizione spetta al giudice ordinario: non si vede allora quali ostacoli osterebbero al sindacato da parte del giudice, giacché la questione da risolvere è puramente tecnica; si tratta infatti di accertare se la cosa vincolata presenti o meno interesse artistico, o storico, etc., nel senso più lato del termine, e non pare che sia inibito al giudice giovare di perizie o di altri mezzi di prova a questo fine.

Se invece si controverta sulla legittimità dell'esercizio del potere, la questione concerne l'esistenza nella cosa dell'ulteriore caratteristica prevista dall'art. 3, ossia l'interesse particolarmente importante; si è già accennato al senso in cui deve essere intesa questa disposizione; ora sembra che in questo caso la questione presenti due aspetti che, contrariamente a quello che afferma la sentenza che si annota, è possibile tenere ben distinti: anzitutto l'accertamento di quelle caratteristiche della cosa (per es.: essere opera di un certo autore, appartenere ad un dato stile, etc.), che costituiscono il presupposto in base al quale viene corapiuto l'apprezzamento discrezionale che concerne l'interesse particolarmente importante della cosa stessa, interesse che, come si è già accennato, deve essere valutato in relazione a quei particolari fini che la legge ha inteso tutelare attraverso il vincolo amministrativo; in secondo luogo, l'apprezzamento discrezionale indicato; la discrezionalità che in questo secondo momento assume rilevanza sembra sia la discrezionalità amministrativa, il cui sindacato in sede di legittimità è confinato nei noti limiti.

discrezionalità tecnica, considerata in se e per se, e cioè ben distinta da quella amministrativa, possa ben costituire oggetto del sindacato del giudice amministrativo.

vare che una lesione di interesse legittimo, non altro ricorso avrebbe potuto consentire che quello al giudice amministrativo, quale fu appunto nella specie sperimentato.

Infondate altresì si appalesano le critiche oggetto del secondo mezzo di ricorso, col quale si censura la impugnata pronuncia per avere la stessa dichiarato non suscettibile di sindacato, in quanto correttamente e logicamente motivato, il giudizio tecnico del Ministro relativo alla sussistenza delle condizioni di natura storica o artistica atte a rendere applicabile la disciplina della legge speciale.

Invero quel giudizio era il frutto di una valutazione in cui i criteri tecnici si compenetravano intimamente con quelli amministrativi, si da dare vita ad un'unica manifestazione d'attività dell'organo amministrativo, interamente caratterizzata dalla sua discrezionalità. E poichè il controllo di legittimità che la legge demanda agli organi della giustizia amministrativa, non concerne il merito dell'atto impugnato, nel senso che non è consentito al giudice di sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità amministrativa, era evidente che esclusa la sussistenza dei vizi denunciati, il provvedimento emesso, non potesse in veruna altra guisa ritenersi sindacabile in questa sede.

L'apprezzamento delle caratteristiche della cosa e il successivo apprezzamento del particolare interesse di questa sembrano costituire due distinti momenti dell'iter volitivo che sfocia nella notificazione del vincolo, e pare che si possano riallacciare a quella distinzione tra circostanze di fatto e motivi in senso stretto dell'atto che è stata autorevolmente sostenuta (JACCARINO); ritenendo, come crediamo, che sia possibile tener distinte queste due fasi, la insindacabilità della discrezionalità tecnica che presiede la prima di queste fasi (l'accertamento delle caratteristiche, quali esse siano, della cosa), non può essere fatta derivare dalla sua commistione con la discrezionalità amministrativa che domina la seconda fase (la valutazione dell'importanza delle caratteristiche prima accertate).

La Suprema Corte, volendo arrivare alla conclusione, peraltro di malcerta esattezza (45), che il Consiglio di Stato non può sindacare la « sussistenza delle condizioni di natura storica e artistica atte a rendere applicabile la disciplina della legge speciale » (46), doveva farla derivare dalla risoluzione del problema generale della sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo, problema che andava quindi impostato in tutta la sua rilevanza; ora, di tale impostazione non vi è traccia nella sentenza annotata.

ALBERTO ROMANO

(45) Costituisce un separato problema che non può essere qui trattato la questione concernente il mezzo di ricorso: è noto infatti che nell'istruzione del giudizio amministrativo di legittimità non sono ammissibili le perizie, e gli altri mezzi di cui normalmente ci si avvale nel giudizio ordinario; il ricorso dovrà quindi essere basato su prove che assumano la forma di quegli atti o documenti la cui produzione è consentita.

(46) Queste parole della sentenza che si annota sono particolarmente gravi; infatti, se esse hanno esattamente scolpito l'oggetto della controversia, sembra che questa concernesse l'esistenza nella cosa vincolata di quelle caratteristiche previste nell'art. 1 della legge del '39; in questo caso, in base a quanto fin qui detto, sembra che la giurisdizione spettasse al giudice ordinario e non, come è stato ritenuto, a quello amministrativo.