

ALBERTO ROMANO

LA DISAPPLICAZIONE  
DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO  
DA PARTE DEL GIUDICE CIVILE (\*)

SOMMARIO: 1. L'orientamento della giurisprudenza civile contrario ad ammettere la disapplicazione del provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare chiede tutela giurisdizionale. Prime ragioni di perplessità sulla sua fondatezza. — 2. La necessità dell'inquadramento della ricostruzione del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile nella più generale teoria dei limiti della sua giurisdizione. La distinzione tra norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e norme di azione, di esercizio di questi, e la definizione dei loro caratteri. La risoluzione di tale distinzione in quella tra normativa legislativa primaria e normativa regolamentare secondaria. Spiegazione dell'apparente contraddizione costituita dalla forma legislativa primaria che attualmente riveste sempre più largamente anche la normativa di azione. Prime conseguenze sul tema della disapplicazione, nel senso della conferma delle perplessità suscitate dal restrittivo orientamento giurisprudenziale. — 3. Il

(\*) Relazione presentata al Convegno di studio sul tema « Giudice ordinario e sindacato sull'atto amministrativo », tenutosi a Parma il 5 e 6 dicembre 1980, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

Gli altri scritti ai quali si fa riferimento nel testo sono: per quel che riguarda la distinzione tra le norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e le norme di azione, di esercizio di tali poteri, il volume *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975; il collegamento tra tale distinzione e il sistema delle fonti è stato accennato in *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, *Foro it.*, 1980, V, 258; e più ampiamente sviluppato in *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, Relazione presentata al Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, tenutosi a Torino, nei giorni 27-29 novembre 1981, i cui Atti sono in corso di stampa; è in questo ultimo scritto che si è anche profilata la distinzione tra ordinamento amministrativo e ordinamento generale.

termine « leggi », la conformità alle quali condiziona l'applicabilità del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario, deve essere inteso nel senso rigoroso di norme di fonte legislativa primaria. Il potere di disapplicazione attribuiti, ma concerneva unicamente i provvedimenti illeciti. La successiva evoluzione giurisprudenziale al riguardo. — 4. La necessità di ricostruire il tipo di in-suoi confronti il giudice giurisdizionalmente competente, ossia il giudice civile. Tale provvedimento non è né nullo né annullabile, ma generalmente disapplicabile da quel giudice, anche nel caso nel quale sia lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chieda tutela. Il giudice civile deve ricostruire quali siano gli effetti del provvedimento amministrativo illecito su tale diritto soggettivo, solo dopo la sua previa disapplicazione. — 5. Divieto di annullamento e disapplicazione del provvedimento amministrativo, e sentenze di condanna dell'amministrazione. L'eterogeneità delle due serie di problemi. Diverse ipotesi ricostruttive della impossibilità per il giudice civile di costringere l'amministrazione a tenere un comportamento specifico, e il loro fondamento.

1. Sul potere che l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo attribuisce al giudice ordinario, di disapplicare i provvedimenti amministrativi « ... non conformi alle leggi », è sempre aperto il dibattito in dottrina, nella quale sono state volta a volta sostenute tesi diverse, non di rado anche radicalmente divergenti.

Più consolidato, viceversa, appare l'orientamento della giurisprudenza, specie di quella relativa al processo civile, che nel suo complesso sembra abbastanza fermamente attestata su alcune linee generali, anche se non mancano, soprattutto in questi anni di... pluralismo giurisprudenziale quasi esasperato, numerose pronunce che da esse si discostano, spesso vistosamente.

Tra tali linee, l'affermazione che appare più solidamente difesa, e che poi si rivela essere quella fondamentale nella ricostruzione giurisprudenziale della disciplina della materia, riguarda il rapporto tra la norma richiamata, e il precedente art. 4, rapporto che è di dissociazione: l'art. 5 non sarebbe applicabile, o quanto meno lo sarebbe solo marginalmente, nell'ambito considerato da tale art. 4. Questa norma, come si sa, prevede l'ipotesi nella quale un provvedimento amministrativo leda un diritto soggettivo individuale, e la regola, tra l'altro, precludendo al giudice ordinario, che poi qui si manifesta *sub specie* del giudice civile, l'annullamento di quel provvedimento stesso; ebbene, per l'impostazione giurisprudenziale consolidatissima, in quella medesima ipotesi il giudice ci-

vile non potrebbe disapplicare tale provvedimento. Di più: la giurisprudenza, evidentemente minimizzando all'estremo le differenze che pur sembrano esistere, e rilevare, tra la figura dell'annullamento e quella della disapplicazione, addirittura tende a dedurre, dalla formulazione dell'art. 4, l'esclusione dall'ipotesi da questa considerata, di tale incidenza dell'art. 5: il giudice civile, è proprio perché non può annullare il provvedimento lesivo del diritto del quale il titolare gli chiede tutela, che non può neppure disapplicarlo. Per concretezza, teniamo presente in tutto il corso di queste riflessioni, un esempio specifico, scelto tra i non molti casi di provvedimento amministrativo lesivo di un diritto soggettivo individuale, nei quali la giurisprudenza, con un orientamento abbastanza largo, afferma la sussistenza della giurisdizione del giudice civile: il decreto di espropriazione emanato oltre il termine stabilito nella dichiarazione di pubblica utilità; è pacifico che il giudice civile non possa annullare questo decreto; ma non può neppure disapplicarlo; e, anzi, nella ricostruzione giurisprudenziale, non può disapplicarlo perché non può annullarlo.

Se si volessero rintracciare le ragioni di una impostazione giurisprudenziale così restrittiva, oltretutto apparentemente poco in armonia con gli evidenti dati testuali che si ricorderanno tra un momento, si potrebbe azzardare questa ipotesi: tale impostazione sembra largamente dovuta a preoccupazioni di coerenza sistematica, che investono anche la soluzione da dare ad un problema che la giurisprudenza connette strettamente al tema che si esamina: quello dei limiti (riconosciuti come ridottissimi), di ammissibilità di una sentenza di condanna dell'amministrazione a qualcosa di diverso dal pagamento di una somma di denaro. Se c'è una affermazione pacifica in giurisprudenza, è quella secondo la quale il giudice civile, nel caso considerato dall'art. 4, non può pronunciare sentenze del genere: per riprendere l'esempio accennato, non può condannare l'amministrazione, o in genere il beneficiario dell'espropriazione, a restituire il bene (illecitamente) espropriato. Ci si può giustificatamente domandare quale sia il fondamento di questa ulteriore limitazione dei poteri del giudice civile, posto che essa non è stata disposta esplicitamente in nessuna norma, posto che essa, a differenza della preclusione all'annullamento del provvedimento, non trova una base espressa nel testo dell'art. 4. E la giurisprudenza, a questo interrogativo, dà risposta facendo derivare la preclusione alla condanna alla restituzione del bene dalla preclusione all'annul-

lamento del provvedimento: se quel decreto di espropriazione, per quanto illecito sia, in ogni caso non è annullabile, esso produce pur sempre l'effetto giuridico del trasferimento del diritto di proprietà sul bene, e quindi copre l'impossessamento di questo da parte del beneficiario dell'esproprio (per semplicità, non si tiene conto che nella normalità dei casi l'amministrazione opera anzitutto con decreti di occupazione d'urgenza); di conseguenza, tale beneficiario non può essere condannato alla restituzione del bene; oltretutto, se lo fosse, verrebbe elusa la sostanza del divieto di annullamento del provvedimento. Ora se questo provvedimento, sicuramente non annullabile, fosse però disapplicabile, quella conseguenza che la giurisprudenza trae dal divieto espresso di annullamento, non sarebbe più sostenibile: se di quel decreto di espropriazione il giudice civile potesse disconoscere gli effetti relativi al trasferimento della proprietà sul bene, dovrebbe anche riconoscere che il suo impossessamento da parte del beneficiario dell'esproprio sarebbe *sine titulo*, e quindi nulla gli impedirebbe di condannare questo a restituirlo. In seguito, si osserverà che la ricerca, di per sé doverosa, del fondamento dell'impossibilità da parte del giudice civile di garantire al titolare del diritto soggettivo leso dal provvedimento amministrativo il suo ripristino in forma specifica, non necessariamente deve portare ad individuarlo nel divieto esplicito di annullamento di questo; ma qui, del dato per il quale la giurisprudenza connette il divieto di condanna a restituire il bene, al divieto di annullamento del decreto di espropriazione, ci si deve limitare a prendere atto; e allora si noterà che la logica giurisprudenziale si chiude su se stessa: e dal divieto di annullamento del provvedimento è costretta a dedurre una conseguenza ulteriore, il divieto di disapplicare quel che non si può annullare.

Quali che siano le motivazioni dell'orientamento giurisprudenziale che tende ad escludere la disapplicabilità da parte del giudice civile dei provvedimenti amministrativi lesivi del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela, le sue conseguenze sulla configurazione del potere di disapplicazione di tale provvedimento da parte di tale giudice sono incisive e gravi: anzitutto, esso è ristretto in ambiti angusti, e riferito a casi di importanza relativamente secondaria, e di scarsa frequenza; e, inoltre, da tale orientamento emergono alcune caratterizzazioni processuali dell'istituto, almeno una delle quali è parimenti di segno riduttivo.

Infatti: o il potere di disapplicazione viene esercitato in un giudizio intestato dal titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento amministrativo, ma allora non potrà esserlo nei confronti di questo provvedimento stesso: la disapplicazione non potrà che riguardare un diverso atto. E in tanto in quel giudizio si potrà porre un problema di disapplicazione di un atto diverso dal provvedimento lesivo del diritto; in quanto la legalità del primo sia rilevante per la liceità del secondo: allora, se rientra nell'oggetto principale del giudizio la questione di liceità del provvedimento lesivo del diritto, la questione della legalità, e quindi della applicabilità dell'atto si dovrà porre rispetto ad essa come pregiudiziale. Di qui l'idea, piuttosto riduttiva, che la disapplicazione dell'atto da parte del giudice civile si ricolleggi ad una cognizione di esso solo incidentale, per questo con efficacia limitata al singolo giudizio. Da un diverso punto di vista, peraltro, non si può escludere che tale questione pregiudiziale riguardi parimenti la illiceità di un atto diverso dal provvedimento lesivo del diritto del quale il titolare chede tutela; ma più frequentemente, almeno a stare alla non troppo ricca casistica, essa riguarderà viceversa la illegittimità di tale atto: di qui l'idea che la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile implichi una cognizione da parte sua di questioni che, se venissero impostate come l'oggetto principale di un giudizio, di per sé esulerebbero dai limiti della sua giurisdizione: dato, questo, perfettamente coerente col carattere meramente incidentale e senza forza di giudicato che a quella cognizione stessa, come abbiamo visto, viene correttamente attribuito.

O il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo viene esercitato dal giudice ordinario in ipotesi diverse da quella nella quale il titolare di un diritto soggettivo gliene chiedi la tutela nei confronti di un provvedimento preteso lesivo di esso; e allora la disapplicazione interverrà nei casi tradizionalmente esemplificati delle controversie tra privati nelle quali rilevi la legalità di quel provvedimento, dell'azione intentata dall'amministrazione sulla base di questo, etc.; senza contare, ben s'intende, i casi di disapplicazione che rientrano nella giurisdizione del giudice penale. E anche in questo secondo gruppo di ipotesi troviamo quelle caratterizzazioni dell'istituto già prima accennate: la disapplicazione dell'atto si inserisce nella cognizione di una questione che rispetto a quella principale oggetto del giudizio tende ad atteggiarsi come pregiudiziale; perciò, tale cognizione ha carattere incidentale, non sbocca

in un accertamento avente forza di giudicato, e spesso esulerebbe dalla giurisdizione del giudice civile, ove quella questione fosse profilata, viceversa, in via principale.

Sono proprio gli esiti così riduttivi della rilevanza del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario, della ricostruzione giurisprudenziale di tale potere così sinteticamente riassunta, che sembrano sollevare le maggiori perplessità; e il primo sintomo della inattendibilità di tale ricostruzione è proprio costituito dalla disarmonia di quegli esiti con dato testuale.

La norma che prevede e regola il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario, l'art. 5 che si esamina, si apre con alcune parole che anzitutto definiscono il campo di applicazione, ci si passi il bisticcio, di tale potere di disapplicazione, e che perciò sembrano estremamente significative, e per certi aspetti decisive per la ricostruzione dell'istituto: « In questo, come in ogni altro caso... », con un riferimento che non potrebbe essere più evidente, al precedente art. 4. Anzitutto, si vorrebbe che fosse considerata come incontrovertibile una prima conseguenza che si può trarre da questa formulazione legislativa: il giudice civile può esercitare il suo potere di disapplicazione, in primo luogo nell'ipotesi nella quale il titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento amministrativo, gliene chieda tutela giurisdizionale nei confronti di questo. Una volta acquisito questo elementare risultato, si deve riconoscere che in tale ipotesi possono rilevare anche atti amministrativi ulteriori, rispetto al provvedimento lesivo; e si può anche ammettere che rimanga ancora aperta la questione della individuazione di quale sia il possibile oggetto della disapplicazione giudiziale. Ma tutto ciò, solo in linea di pura logica astratta: perché se ci si cala all'interno del sistema di tutela giurisdizionale delineato dal legislatore del 1865, se si affrontano con un minimo di concretezza i problemi interpretativi posti dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, appare sostanzialmente elusiva del primo risultato raggiunto, se non addirittura derisoria, una soluzione diversa da quella che la lettera della norma pare suggerire con forza: che l'atto che il giudice civile può disapplicare, quando il titolare di un diritto soggettivo gliene chieda tutela contro un provvedimento amministrativo che lo leda, è, *in primis et ante omnia*, proprio questo provvedimento amministrativo medesimo.

È banale, ma forse malgrado ciò non del tutto inutile, osservare che è l'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la norma fondamentale che determina la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, attribuendogliela « ... su tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione... »: è tale articolo che, con disposizione sicuramente di radicale rottura rispetto al precedente sistema, che ancor oggi è il fondamento del diverso sistema allora nuovo, attualmente addirittura costituzionalizzato, devolve al giudice ordinario giurisdizione in proposito, « ... ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa »; e che appunto pone il concetto di diritto civile o politico, a prescindere dalla varietà dei significati che volta a volta ad esso sono stati attribuiti, come la misura di quella giurisdizione medesima.

L'ipotesi considerata dall'art. 4, in termini di classificazioni puramente logiche, deve essere valutata come particolare, rispetto alla previsione dell'art. 2, di portata più generale, e in essa ricompresa in un rapporto di continenza: perché non vi è dubbio che la questione di violazione di un diritto soggettivo individuale da parte di un provvedimento amministrativo è solo una delle possibili questioni di diritto soggettivo che, per la norma fondamentale attributiva della giurisdizione al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, in questa giurisdizione rientrano. Però non sembra parimenti dubbio, che l'ipotesi considerata dall'art. 4 occupi la posizione di rilievo centrale nel sistema di tutela giurisdizionale che il legislatore del 1865 ha delineato: perché tra le tante questioni di diritto soggettivo che possono sorgere in controversie tra soggetti individuali e pubbliche amministrazioni, la questione della lesione di un diritto soggettivo individuale da parte di un provvedimento amministrativo è quella che più frequentemente si presenta; di più: è quella nella quale il bisogno di tutela giurisdizionale del soggetto individuale contro l'amministrazione è più marcatamente sentito; e davvero non è il caso di indugiare nel sottolineare quanto la legge abolitrice del contenzioso amministrativo sia stata e ancor oggi sia una legge che è posta a protezione dei diritti soggettivi individuali, e a soddisfazione del bisogno della loro tutela giurisdizionale.

La ricognizione del rilievo centrale che nel sistema delineato da tale legge manifesta l'ipotesi nella quale il titolare di un diritto

soggettivo leso da un provvedimento amministrativo chieda al giudice civile la tutela giurisdizionale di esso contro questo, permette ficato porre, una volta riconosciuto che essa comunque rientra pienamente nella giurisdizione del giudice ordinario, così come essa è determinata dal precedente art. 2: perché il legislatore del 1865 ha avvertito l'esigenza di considerarla specificamente?

Certo, vi è una prima risposta che anzitutto viene spontanea: per poter regolare i poteri che in tale ipotesi vengono attribuiti, o forse sarebbe meglio dire negati, al giudice civile; ossia, per poter disporre che in tale ipotesi tale giudice si limiterà « ... a conoscere gli effetti dell'atto... in relazione all'oggetto dedotto in giudizio »; e per poter riservare all'amministrazione la revoca e la modifica di quell'atto stesso. Quindi, per poter precisare che la cognizione da parte del giudice civile degli effetti del provvedimento, deve concludersi senza che esso lo possa revocare o modificare; e, perciò, per poter chiarire che per la comprensione della portata della limitazione di tale cognizione agli effetti del provvedimento, la preclusione della sua revoca e della sua modifica è l'elemento più significativo che sia fin qui emerso: è evidente che per una prima determinazione dei poteri del giudice civile nei confronti del provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo, e cioè per una determinazione di questi poteri che sia per il momento condotta a prescindere dall'art. 5, e cioè nel solo ambito dell'art. 4, i due commi nei quali esso si articola devono vedersi, più che strettamente connessi, addirittura complementari: l'uno precisa e definisce l'altro.

Ma a questa prima spiegazione della previsione autonoma ed esplicita della disciplina della ipotesi che si considera, se ne può aggiungere un'altra, che deriva dal grande rilievo che essa è parso avere: con la formulazione espressa dell'art. 4, il legislatore del 1865 ha voluto chiarire fino in fondo che nella giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, rientra pienamente anche il caso di maggiore importanza, nel quale il titolare di un diritto soggettivo ne chieda la tutela giurisdizionale, contro il provvedimento amministrativo che lo leda. Certo, come si è già notato, questa conclusione sembrerebbe incontrovertibile già sulla base del precedente art. 2, che oltretutto ha avuto cura di precisare che tale giurisdizione sulle questioni di diritto soggettivo permane, non solo « ... comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione... », ma « ... ancorché siano emanati

provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa ». Ma può darsi che il legislatore del 1865 sia stato assai saggio, quando ha ritenuto che nella espressione di principi tanto fondamentali, a proposito di casi di tanta importanza, la chiarezza non fosse mai troppa: non lo fosse allora, quando l'attribuzione al titolare di un diritto soggettivo del potere di chiederne tutela giurisdizionale contro il provvedimento amministrativo che lo ledesse, era l'innovazione principale, di maggiore significato pratico ed ideologico, della legislazione che sulla giustizia amministrativa veniva formulando lo Stato dell'età liberale; e, si può aggiungere, non lo è neppure oggi, quando, sia pure in un quadro normativo sotto tale profilo ormai del tutto consolidato, e in prospettive dogmatiche profondamente diverse, pure vengono riproposte tesi che col dato legislativo ricordato paiono comunque porsi in contrasto insanabile: tesi secondo le quali l'emaneazione di un provvedimento amministrativo che tale possa essere considerato, ossia non valutabile come inesistente, e neppure come nullo, comunque escluderebbe la giurisdizione del giudice ordinario.

Se, dunque, l'ipotesi nella quale il titolare di un diritto soggettivo ne chiede tutela al giudice civile contro il provvedimento amministrativo che lo leda, è al centro del sistema, appunto, di tutela giurisdizionale, che il legislatore del 1865 ha delineato, è evidente quale sia il senso nel quale parrebbe che dovessero venire lette le parole con le quali l'art. 5 comincia, delineando i limiti entro i quali tale giudice può esercitare il suo potere di disapplicazione: « In questo, come in ogni altro caso... »: esso può disapplicare non solo gli atti diversi da quel provvedimento, ma anzitutto quel provvedimento medesimo. Questo, e non altro, può essere il risultato di una interpretazione della norma che si esamina, che tenga conto del valore del dato testuale. Certo, è indubbio che, almeno in linea di principio, una interpretazione di tipo più raffinato, quale può essere quella sistematica, possa portare a diversi risultati, che contraddicano il più chiaro degli elementi letterali. Ma la suggestione del dato testuale richiamato, nella sua apparente evidenza, pare suggerire molta cautela a chi voglia mettersi sulla strada, se non proprio di una sua *interpretatio abrogans* in senso formale, quanto meno di uno svuotamento quasi completo della sua portata normativa. Parrebbe opportuno, quindi, prima di sviluppare qualsiasi altra linea interpretativa, che implichi una riduzione del senso della disposizione che la sua lettera rende palese, tentare una sua rico-

struzione che in questo senso sia più rispettosa, per controllare poi se essa davvero porti ad esiti che sotto diversi profili debbano considerarsi inaccettabili.

2. E qui si deve fare subito una osservazione, che rileva in modo decisivo per la scelta della direzione, dello sviluppo da dare al ragionamento: la ricostruzione del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile che ci pare necessario tentare, e, anzi, qualsiasi ricostruzione di tale potere, non può essere delineata solo in sé e per sé: essa è direttamente influenzata dalla ricostruzione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, se si vuole della discriminazione di questa da quella del giudice amministrativo, che si ritiene essere quella preferibile; anzi, da questa ricostruzione è addirittura condizionata: perché, come si può facilmente rilevare dalla valutazione della letteratura sulla disapplicabilità del provvedimento amministrativo, e come risulterà anche dal seguito delle argomentazioni a fondamento delle tesi che saranno qui sostenute, ogni ricostruzione del potere di disapplicazione di quel provvedimento da parte del giudice civile in realtà è già ampiamente pregiudicata dalla ricostruzione dei limiti della giurisdizione di questo. Certo, si potrebbe osservare che vale anche l'inverso: che non è possibile tentare una definizione di tali limiti, senza tenere conto anche dei riflessi che presenta al riguardo la tesi che si accetta relativamente al potere di disapplicazione. Ma questo rilievo non farebbe che rafforzare, appunto, quel che si vorrebbe qui sostenere: che ogni definizione dei poteri di cognizione del giudice ordinario, ed ogni definizione dei suoi poteri di disapplicazione, sono intimamente connesse: ogni ricostruzione del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile, non può essere vista che come parte integrante della ricostruzione dei limiti della sua giurisdizione.

Di qui, un'esigenza: quella di indicare preventivamente quale sia la teoria dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, e più specificamente di discriminazione di questa giurisdizione da quella del giudice amministrativo, che si ritiene preferibile; dunque, quale sia la teoria su tali temi, dalla quale si vuole far prendere le mosse la ricostruzione che sarà qui proposta, del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile.

L'osservazione di base la si è già introdotta nel discorso, quando si è rilevato che l'art. 2 della legge abolitrice del conten-

zioso amministrativo attribuisce al giudice civile una misura di giurisdizione, determinata in relazione al concetto di diritto soggettivo, anche in presenza di un provvedimento che l'amministrazione abbia emesso; e che il successivo art. 4 conferma questa attribuzione di giurisdizione in tale misura, anche quando questo provvedimento incida sul diritto soggettivo ledendolo, il che nella normalità dei casi vorrà dire addirittura sopprimendolo. Pare naturale, è già parso naturale trarre da tali premesse la conclusione della inaccettabilità di ogni tesi secondo la quale la giurisdizione del giudice civile a tutela di diritti soggettivi dovrebbe venire esclusa per il solo fatto che un provvedimento amministrativo non nullo o inesistente sia stato emanato. Tesi, che oltretutto sono smentite dalla giurisprudenza, la quale seguita a riconoscere la giurisdizione del giudice civile su provvedimenti amministrativi; e per quanto diventino rari i casi nei quali questa giurisdizione su questi provvedimenti è riaffermata, pure essi esistono: l'esempio del decreto di espropriazione oltre il termine appare difficilmente contestabile. Si osserverà, inoltre, che la considerazione di questa giurisprudenza vale qualcosa di più del rilievo del contrasto con essa degli orientamenti dottrinali che si criticano: importa la infondatezza di essi se profilati come un tentativo di ricostruzione sistematica della giurisprudenza medesima.

Né la portata del dato testuale può essere aggirata, elusa nella sostanza, con l'affermazione che quel provvedimento, se non inesistente, o nullo, avrebbe comunque l'effetto di sopprimere il diritto soggettivo sul quale viene ad incidere, se non altro degradandolo ad interesse legittimo, e dunque per questa via arrivare ad escludere la giurisdizione del giudice ordinario, per difetto del suo oggetto: appunto, una situazione giuridica soggettiva da tutelare, del diritto soggettivo avente carattere e consistenza. Anzitutto, questo aggiramento, questa elusione è respinta dall'orientamento giurisprudenziale appena ricordato. Il quale appare solidamente motivato: perché, come si è cercato di chiarire meglio in altra sede, la questione della illegale soppressione di un diritto soggettivo, è pur sempre una questione di diritto soggettivo ai sensi dell'art. 2 della legge del 1865, è pur sempre una questione di lesione del diritto soggettivo del quale il titolare chiede tutela giurisdizionale, ai sensi del successivo art. 4. Certo, in ogni caso la questione della illecita soppressione di quel diritto. Ma anche la questione di illegittima soppressione di questo, se tale questione fosse profilabile: se illegittimità (distinta in senso tecnico dalla illiceità) del provvedimento

amministrativo e diritto soggettivo potessero coesistere. Perché, se la giurisdizione del giudice civile nei confronti del provvedimento amministrativo non viene meno per il suo effetto di eliminazione del diritto soggettivo del quale il titolare a tale giudice chiede tutela giurisdizionale, del perdurare di quella giurisdizione vi è una implicazione che è ormai ovvia: che la giurisdizione del giudice civile nei confronti del provvedimento amministrativo è esclusa solo quando questo incida su una situazione giuridica del soggetto individuale che già *ab origine* nel diritto soggettivo non aveva né il carattere né la consistenza.

Siamo consapevoli che in questa prospettiva concettuale si avverte l'esigenza di trovare soluzione al problema del difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti di un provvedimento che, pur presentandosi come solo illegittimo, comunque finisce con l'eliminare un diritto soggettivo: per riprendere l'esempio prima accennato, si tratta di spiegare perché sfugga alla giurisdizione del giudice ordinario un decreto di espropriazione viziato, poniamo, per incompetenza (relativa); e la risposta a simili interrogativi può essere trovata: nella relatività delle situazioni giuridiche, per la quale una situazione che di per sé incontestabilmente si presenta come di diritto soggettivo, anzitutto il diritto di proprietà su di un bene, si atteggia viceversa come un interesse legittimo sotto qualche profilo specifico, e, in particolare, nel suo rapporto col potere dell'amministrazione di espropriazione; con le conseguenze che un provvedimento amministrativo che possa essere considerato espressione di quel potere, come un decreto di espropriazione viziato per incompetenza relativa, solo apparentemente riguarda il diritto di proprietà: in realtà, incide su quel diritto, sotto un profilo per il quale esso si presenta come un interesse legittimo; con la conclusione che nei confronti di tale provvedimento l'unica giurisdizione profilabile è quella del giudice amministrativo; mentre un provvedimento amministrativo che, viceversa, di quel potere non possa essere considerato espressione, come un decreto di espropriazione emesso oltre il termine, incide su un diritto di proprietà che tale deve essere considerato; con la conclusione che nei suoi confronti non viene meno la giurisdizione del giudice civile.

Il concorso di giurisdizioni nei confronti della pubblica amministrazione, tra giudice civile e giudice amministrativo, che si è venuto formando con la formulazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e con la stratificazione sopra di essa della legge isti-

tutiva della quarta Sezione del Consiglio di Stato, in un sistema di giustizia amministrativa che nelle sue linee portanti oggi è addirittura costituzionalizzato, perciò deve essere inteso come un concorso di giurisdizioni anche sui provvedimenti che quella pubblica amministrazione emani. Ma questo dualismo di giudici sui provvedimenti amministrativi non sarebbe comprensibile, se non sulla base di un dualismo delle norme la cui violazione da parte di tali provvedimenti sia sindacata rispettivamente dall'uno o dall'altro; quindi, sulla base di un dualismo delle norme che quei provvedimenti regolano: nel rifiuto della tesi che l'emanazione di un provvedimento amministrativo escluda la giurisdizione del giudice civile, nel rifiuto di una concentrazione della giurisdizione su tale provvedimento nel giudice amministrativo, vi è anzitutto il rifiuto di una sorta di monismo normativo che accomuni in un insieme non diversificato tutte le norme che quel provvedimento concernano.

In prima approssimazione, la sequenza giudice ordinario-diritto soggettivo deve essere completata con l'allineamento ad essa di norme che si caratterizzano anzitutto per essere poste a tutela di interessi individuali, attribuendo loro, perciò, la consistenza di diritti soggettivi; e della particolare corrispondente qualificazione della illegalità di un provvedimento amministrativo che le norme di quel tipo violino, che perciò i diritti soggettivi da esse protetti ledano. E la sequenza giudice amministrativo-interesse legittimo deve essere completata con l'allineamento ad essa di norme che si caratterizzano anzitutto per non tutelare interessi individuali come diritti soggettivi: per tutelarli come interessi legittimi, e, in realtà ben più spesso, per non tutelare interessi individuali; e della particolare corrispondente qualificazione delle illegalità di un provvedimento amministrativo che le norme di quel tipo violino, dunque, ma solo eventualmente, che gli interessi individuali da esse protetti ledano.

Emerge qui quella distinzione tra norme tradizionale nella nostra letteratura di diritto amministrativo, già comparsa in scritti della fine del secolo scorso, che nella più completa elaborazione del Guicciardi viene formulata nella contrapposizione tra norme di relazione e norme di azione; e sbocca nella conseguente diversificazione dei modi della illegalità del provvedimento amministrativo che rispettivamente le une e le altre violi, tra illiceità e illegittimità. Distinzione che non sempre è stata intesa in dottrina nello stesso modo, e che comunque è sempre stata largamente criticata. In altro scritto, si è cercato di dimostrare, viceversa, la sua fondatezza, tentandone una

ridefinizione. Qui, non è possibile riprendere le argomentazioni allora svolte; però è necessario, per esigenze di chiarezza del ragionamento che si vorrebbe ora sviluppare, precisare in estrema sintesi quali parrebbero i tratti salienti di quella distinzione medesima.

Le norme di relazione definiscono i rapporti tra diritti individuali e poteri dell'amministrazione, stabilendo entro quali limiti gli interessi dei singoli sono tutelati in modo assoluto, ossia rendendo le corrispondenti situazioni giuridiche soggettive intangibili da parte dell'amministrazione, dunque collocandole al di fuori dei confini dei contrapposti poteri amministrativi; ed entro quali limiti, viceversa l'amministrazione possa operare per il raggiungimento dei propri fini, esercitando propri poteri, eventualmente disponendo di interessi individuali, e perciò comprendendoli entro i confini di quei poteri stessi. Le norme di relazione, che per questo loro contenuto si preferirebbe qualificare come norme (di limite) di esistenza dei poteri (dell'amministrazione), determinano così quale sia l'assetto dei rapporti reciproci tra soggetti pubblici e privati, delimitano le rispettive situazioni giuridiche soggettive in giuoco, quindi configurano le stesse capacità giuridiche degli uni e degli altri, e in conclusione determinano il loro modo di essere in quell'ordinamento che concorrono a formare, ossia dell'ordinamento giuridico generale.

Le norme di azione non hanno nessuna incidenza sulla determinazione dei limiti dei poteri delle pubbliche amministrazioni, e, quindi, *a fortiori*, non hanno nessun collegamento con le esigenze di tutela di diritti soggettivi di contrapposti soggetti individuali: esse regolano l'esercizio di quei poteri, sì comandando o vietando, in modo più o meno rigido, scelte dell'amministrazione, ma scelte che, tutte, anche quelle scartate, alla disponibilità dell'amministrazione stessa, dunque ai suoi poteri, erano già state acquisite dalle norme di relazione, dalle norme di limite dell'esistenza di quei poteri stessi.

Le norme di azione disciplinano l'esercizio dei poteri già attribuiti all'amministrazione e delimitati da norme di relazione, di esistenza, nel modo che viene considerato in via preventiva e generale quello ottimale dal punto di vista dell'amministrazione stessa; quindi, sono poste in funzione dell'interesse di questa. Affiora così quel collegamento sempre rilevato nella letteratura che accetta la distinzione delle norme di azione dalle norme di relazione, tra tali norme e l'interesse pubblico. Ma non si deve ritenere che questo collegamento sia esclusivo di esse: non è pensabile che le norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, non siano

anch'esse in funzione dell'interesse pubblico: e di un interesse pubblico che è addirittura superiore a quello dell'amministrazione: infatti è così forte da poter limitare la perseguibilità dei propri interessi da parte di questa, in relazione alle esigenze dell'assetto dei rapporti tra soggetti pubblici e privati, della definizione delle loro capacità come soggetti dell'ordinamento generale, nella quale si sostanzia, per questa parte, questo ordinamento generale medesimo; dunque, tali norme sono in funzione dell'interesse pubblico pertinente all'ordinamento generale stesso. Si intravede la possibilità, così, di ottenere un primo chiarimento di una nozione così ambigua come quella di interesse pubblico: la distinzione tra l'interesse pubblico di massimo livello, che è pubblico appunto perché pertiene all'ordinamento generale nella sua interezza, e l'interesse pubblico che è tale solo perché, molto più modestamente, pertiene a soggetti di quell'ordinamento generale, che hanno carattere pubblico.

Fin qui, la precisazione dei caratteri della distinzione tra norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e norme di azione, che pur per certi aspetti ridefinita, comunque si mantiene in una prospettiva abbastanza tradizionale nella letteratura che ne sostiene la validità. Però, in un altro scritto, si è tentato di profilare un collegamento tra tale distinzione e la teoria delle fonti, rilevando rispettivamente un nesso tra le norme del primo tipo, e la fonte legislativa e primaria, da un lato, e le norme del secondo tipo, e la fonte regolamentare e secondaria, dall'altro. In tal modo, è sembrato che alla distinzione che si richiama si potesse dare un fondamento ben più sostanziale, depurandola di un sapore troppo accentratamente solo dogmatico e concettuale.

In particolare, le norme di relazione, le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, in quanto norme che attribuiscono a questa, delimitandoli, i suoi poteri, non possono essere contenute in norme regolamentari: prima ancora che perché queste norme sono secondarie, perché sono norme che provengono dall'amministrazione stessa. In uno Stato di diritto, come tale sotto questo profilo necessariamente unitario, i poteri di ogni soggetto dell'ordinamento generale, e perciò anche dei suoi soggetti pubblici, non possono essere auto-attribuiti e auto-delimitati, ma devono essere etero-attribuiti ed etero-delimitati, del senso che sono attribuiti e delimitati dal legislatore, come costruttore di quell'ordinamento generale stesso: altrimenti, si arriverebbe alla conseguenza, assurda già anzitutto nella teoria delle fonti, per la quale nel medesimo ordi-

namento generale si avrebbero soggetti dotati non solo di autonomia, per la cui definizione è essenziale il concetto di derivazione, ma addirittura di sovranità, la cui nozione implica il carattere di originalità. E la conclusione secondo la quale le norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, devono essere poste necessariamente dal legislatore primario in sede di costruzione dell'ordinamento generale, già fondata su questa prima e decisiva argomentazione, pare inevitabile anche se si considera il profilo degli interessi, anzitutto pubblici, in giuoco: la composizione del contrasto di interessi tra soggetti pubblici e privati dell'ordinamento generale, nella quale consiste la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, non può essere operata da quei soggetti pubblici stessi: essa deve essere riservata ad una fonte superiore, che di nuovo non può che essere individuata nel legislatore primario, che quell'ordinamento generale costruisce.

Viceversa, le norme di azione sembrano trovare nella fonte regolamentare la loro veste più appropriata. Sicuramente le norme regolamentari, almeno per il loro contenuto essenziale, disciplinano anch'esse i poteri dell'amministrazione. Ma poiché provengono da questa medesima, per le ragioni appena adesso accennate non possono né attribuire né delimitare tali poteri: perciò, non possono che limitarsi a disciplinarne il solo esercizio, entro i limiti che a questi poteri medesimi sono posti da norme legislative primarie. E sicuramente le norme regolamentari, sempre in quanto provenienti dall'amministrazione, si basano su valutazioni di interessi che non possono essere che quelli, ed esclusivamente quelli, che all'amministrazione medesima pertengono.

Si profila così la possibilità che la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e norme di azione, di esercizio di questi, venga a risolversi in quella molto più chiara e sostanziale tra legge e regolamento. A questa impostazione, sembra contraddire, anzitutto, un robusto dato della realtà effettuale: attualmente, norme di azione trovano largamente, e anzi sempre più largamente, forma legislativa primaria. Ma questo rilievo, di per sé incontrovertibile, non sembra costituire un ostacolo insuperabile alla prosecuzione delle argomentazioni proposte; è però necessario accennare qualche altro rilievo sul significato della correlazione profilata, anche in una prospettiva storica.

La riserva all'amministrazione della normativa di esercizio dei suoi poteri, nei confronti della riserva alla legislazione della normativa di attribuzione e di delimitazione di essi, corrisponde ad una fase della storia delle nostre istituzioni; fase che oltretutto è abbastanza precisamente definibile; ed è in coincidenza cronologica con essa che si colloca, appunto, l'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Al Parlamento dello Stato unitario incombeva il grande compito non solo di unificare la legislazione amministrativa, ma anche, e soprattutto, di emanare una legislazione che riducesse l'amministrazione a soggetto dotato solo di autonomia, come tale essenzialmente derivata; un'amministrazione che, non va dimenticato, nel quadro del sistema costituzionale generale di allora, fortemente dualistico, perché al Parlamento si contrapponeva un esecutivo basato su un fattore istituzionale robustamente autonomo, proprio su questo fattore istituzionale autonomo trovava il suo più sicuro fondamento. Quale fosse, sotto questo profilo, la situazione normativa dell'epoca, lo si può intuire sulla base di significative parole dello Spaventa, che, oltretutto, scriveva vari anni dopo, nel 1880: « Chi ha anche una scarsa notizia delle nostre leggi amministrative sa quanto esse siano imperfette e indeterminate, e quanta latitudine per conseguenza lascino all'arbitrio più che alla prudenza degli amministratori »; « La specificazione delle nostre leggi amministrative conta appena vent'anni, e si può dire non cominciata ancora. Per lo più il Parlamento si rimette al potere esecutivo per provvedere all'esecuzione della legge mediante speciale regolamento »; « È d'uopo, quindi, che il Parlamento imprenda mano a mano l'esame dei regolamenti promulgati per ciascuna delle leggi da esso fatte, ed elevi a dignità di legge ciò che in essi l'esperienza ha riconosciuto necessario, così come per lo scopo amministrativo, come per la tutela degli interessi individuali che vi abbiano attinenza ». Anche in mancanza di una analisi dei contenuti della legislazione amministrativa vigente nel 1865, perciò, appare consistente l'ipotesi che allora dovesse essere ancora completata la definizione a livello legislativo primario dei poteri dell'amministrazione; e che, pur non potendo escludere che ad alcune norme di azione fosse già stata attribuita la forma legislativa, in linea di principio la normativa di esercizio di quei poteri fosse solidamente in mano all'amministrazione stessa, e che vi rimanesse per lungo tempo. È proprio il fondamento dell'amministrazione nel fattore istituzionale autonomo che si è ricordato, che pare essere stata la più robusta base

della riserva ad essa della normativa di esercizio dei suoi poteri; però non va trascurato anche un elemento di carattere ideologico: pare estremamente coerente con la legislazione dello Stato dell'età liberale, se si vuole più col modello di essa, che con la normativa nella quale essa si è realmente inverteata, la riserva di tale legislazione alla sola definizione dei limiti esterni delle autonomie attribuite ai vari soggetti dell'ordinamento; e quindi l'abbandono a tali autonomie, anche a quelle dei soggetti pubblici, delle scelte relative al loro esercizio, perciò anche di quelle consistenti nella predisposizione di regole generali di esso.

Il progressivo alterarsi a favore del Parlamento del descritto riparto di competenze tra di esso e l'esecutivo, il progressivo conseguente intervento della legislazione anche nella normativa di azione, è uno sviluppo di per sé innegabile. Ma esso si connette, oltre che al tramonto della ideologia liberale, ad una successiva evoluzione delle nostre istituzioni che è a tutti nota: in particolare, alla trasformazione del nostro sistema costituzionale da dualistico in monistico, col prevalere del principio della esclusività della legittimazione democratica degli organi costituzionali, col monopolio attribuito al Parlamento della rappresentatività diretta, quindi con la derivazione più o meno diretta da questo degli altri organi costituzionali. Corrispondentemente, la Costituzione, che questo sistema costituzionale generale di carattere monistico ha delineato, se ha previsto numerose riserve di legge, non ha disposto una qualche riserva di competenza, in specie normativa, all'esecutivo, come del resto più di una volta ha affermato la Corte costituzionale.

La riserva alla fonte regolamentare della normativa di esercizio dei poteri all'amministrazione, contrapposta alla riserva alla fonte legislativa della normativa di attribuzione e delimitazione di essi, dunque, corrispondeva quasi completamente alla situazione della legislazione nel quadro della quale veniva emanata la legge abolitrice del contenzioso amministrativo; perciò, in ogni caso costituisce un elemento per l'interpretazione di questa legge stessa: ed un elemento, lo si vedrà tra poco, che si rivelerà come particolarmente significativo.

Però, la validità dell'assunto secondo il quale la distinzione tra normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e normativa di esercizio di questi, si risolve nella distinzione tra fonte legislativa primaria, e fonte regolamentare secondaria, non la si vorrebbe sostenere solo con questo richiamo alla realtà effettuale

della legislazione di tale epoca: perché questa impostazione così riduttiva dello sviluppo delle argomentazioni che la giustificano, porterebbe inevitabilmente a limitarla a quel periodo storico; mentre sembra che tale assunto sia valido anche oggi. Perché anche oggi è incontestabile un dato della correlazione enunciata: perché anche oggi la forma legislativa primaria è l'unica che può rivestire la normativa di relazione, la normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione. A meno che si voglia ammettere che questa si possa auto-attribuire e auto-delimitare i propri poteri. A meno che si voglia ammettere che questa possa imporre tributi, espropriare, sottoporre a limiti, condizioni, controlli e così via, attività private, senza un fondamento legislativo dei suoi corrispondenti poteri. E ciò, oltretutto in contraddizione con specifiche riserve di legge che la Costituzione ha esplicitamente disposto, con disposizioni che in realtà sono applicazioni particolari di un principio generale sì inespresso, ma la cui evidenza pare imporsi da sé, alla sua sola enunciazione: che tutti i poteri che spettano ai soggetti dell'ordinamento generale, di quelli pubblici non meno che di quelli privati, devono essere derivati e definiti da norme di questo ordinamento medesimo.

Al rilievo che ancor oggi la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione è riservata alla legislazione primaria, non si vorrebbe attribuire solo la conseguenza che la risoluzione della distinzione di quella dalla normativa di azione, nella distinzione tra legge e regolamento risulti attualmente valida al cinquanta per cento: è l'intera correlazione tra tipi di normativa sui poteri dell'amministrazione e teoria delle fonti che sembra rivelarsi sempre fondata, anche se, sia pure a senso unico, è oggi superato il vecchio riparto di competenze tra Parlamento ed esecutivo, anche se sempre più largamente oggi la normativa di azione si presenta in forma legislativa primaria. Perché pur in presenza di un complesso normativo di disciplina di un potere dell'amministrazione, il quale sia tutto rivestito di tale forma in modo indifferenziato, malgrado la intuita eterogeneità dei suoi contenuti, può sempre soccorrere l'interpretazione sistematica; e, sulla base di questa, sarà pur sempre possibile distinguere tra quelle norme le quali svolgono il fondamentale ruolo di definire quel potere, e quelle altre che si limitano a regolarne l'esercizio entro i limiti così determinati; e, dunque, sarà pur sempre possibile distinguere tra quelle norme per le quali quella forma legislativa primaria è l'unica costituzionalmente am-

missibile, e quelle altre per le quali essa viceversa appare come sovradimensionata, e perciò solo per scelta politica adottata in luogo di quella regolamentare. Allora, anche in presenza di un complesso normativo di disciplina di un potere dell'amministrazione tutto rivestito di forma legislativa primaria, sarà possibile individuare norme che per la loro portata normativa limitata alla disciplina del solo esercizio di esso, possono essere riaccostate alle norme di azione in forma regolamentare, malgrado la diversità della loro veste formale, in modo che le une e le altre possano formare un diverso complesso normativo, stavolta contrassegnato dalla omogeneità del loro contenuto sostanziale: la disciplina del potere dell'amministrazione limitata al solo suo esercizio, senza possibilità di incidenza sulla loro attribuzione e delimitazione. E il riscontro della perdurante validità della risoluzione della distinzione tra norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione e norme di azione nella distinzione tra fonte legislativa primaria e fonte regolamentare secondaria, in ultima analisi porta ad una conferma della sua fondatezza: come si può negare che sia fondata una distinzione che trova fondamento addirittura nella teoria delle fonti?

Che tale distinzione, una volta basata su questa teoria, sbocchi nella distinzione, e anzi nella contrapposizione tra due ordinamenti: tra ordinamento generale, che attribuisce e delimita i poteri di tutti i suoi soggetti, e quindi anche dell'amministrazione; e ordinamento amministrativo, che l'amministrazione costruisce per disciplinare l'esercizio dei poteri che l'ordinamento generale le attribuisce e le delimita, mediante un potere normativo regolamentare ugualmente derivatole dall'ordinamento generale; che conseguentemente l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva protetta da una norma di azione, si distingue dal diritto soggettivo, protetto da una norma di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, perché è una situazione giuridica soggettiva dell'ordinamento amministrativo, a differenza di questo che è una situazione giuridica soggettiva dell'ordinamento generale; che queste due situazioni giuridiche soggettive non presentino significative diversità strutturali, perché l'interesse legittimo si rivela essere il diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo, mentre il diritto soggettivo per certi aspetti si atteggia come l'interesse legittimo dell'ordinamento generale; è un discorso assai complesso, che involge temi di diritto costituzionale generale, che perciò si cerca di sviluppare in altra sede.

Qui, della correlazione intravista, tra la distinzione tra tipi di norme rilevante per la definizione della discriminazione tra giurisdizione del giudice civile e giurisdizione del giudice amministrativo, e teoria delle fonti, preme trarre le conseguenze che più specificamente incidono sulla ricostruzione del potere del giudice civile di disapplicare il provvedimento amministrativo; e tali conseguenze paiono tutte nel senso di confermare che, nell'ipotesi considerata dall'art. 4 della legge del 1865, il giudice civile può, e anzi deve disapplicare anzitutto il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela giurisdizionale.

3. Anzitutto, occorre acquisire al ragionamento una più precisa definizione delle « leggi » la conformità alle quali l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo pone come condizione di applicabilità del provvedimento dell'amministrazione da parte del giudice ordinario: e si deve rilevare che tale espressione « leggi » deve essere intesa in senso rigoroso, ossia come norme rivestite di forma legislativa primaria, con l'esclusione delle norme rivestite di forma regolamentare secondaria.

Il dato che indirizza in questa direzione è costituito da un elemento testuale che pare di notevole chiarezza, anche se non altrettanto generalmente rilevato. L'art. 5 parla sì anche di regolamenti, ma non come degli atti ai quali i provvedimenti altrimenti da disapplicare devono essere conformi, ma, al contrario, come di atti che, al pari dei provvedimenti, devono essere conformi alle leggi, appunto a pena di disapplicazione. L'art. 5, in altre parole, non dice che le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi solo in quanto siano conformi alle leggi e ai regolamenti; ma dispone che « ... le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti... in quanto siano conformi alle leggi »; e, si badi, non i regolamenti richiamati in modo generico, ma specificati con precisa puntualizzazione, anzi con cura del dettaglio, come « ... i regolamenti generali e locali... ».

Ora, una formulazione così articolata della norma da parte di un legislatore così controllato come quello del 1865, in ogni caso infinitamente più controllato di quello attuale, in una disposizione di una legge così pensata e rifinita formalmente come quella abolitrice del contenzioso amministrativo, non può essere considerata irrilevante: un legislatore che prevede specificamente i regolamenti accanto agli atti amministrativi, per di più distinguendoli quasi pun-

tigliosamente in generali e locali, quando nel medesimo unico comma dell'art. 5 utilizza il termine « leggi » in modo secco, senza di nuovo richiamare, neppure genericamente, la fonte regolamentare secondaria, vincola l'interprete ad intendere tali parole nel loro significato specifico: fonte legislativa primaria.

Occorre applicare, adesso, a questa precisazione della espressione legislativa analizzata, le conclusioni alle quali si era pervenuti nel paragrafo che precede, sulla diversità di contenuti tra fonte legislativa primaria e fonte regolamentare secondaria, specie nella realtà della situazione normativa nella quale operava il legislatore del 1865. E le conseguenze sono ovvie: in presenza del riparto di competenze normative che si è ricordato, tra Parlamento ed esecutivo, nel quadro conseguente di una legislazione primaria consistente quasi esclusivamente in norme di relazione, in norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, in norme perciò di tutela dei diritti soggettivi individuali, il giudice ordinario tenuto ad applicare atti e regolamenti amministrativi solo in quanto « ... conformi alle leggi », intese queste parole in senso rigoroso, deve disapplicare anzitutto gli atti e regolamenti non conformi a tali norme di relazione, a tali norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, a tali norme di tutela dei diritti soggettivi individuali. In presenza del riparto di competenze normative che si è ricordato, tra Parlamento ed esecutivo, nel quadro conseguente di una legislazione primaria dal cui contenuto esulavano quasi completamente le norme di azione, le norme di esercizio dei poteri dell'amministrazione, le norme eventualmente di tutela di interessi legittimi, per il giudice ordinario tenuto ad applicare atti e regolamenti amministrativi solo in quanto « ... conformi alle leggi », intese queste parole in senso rigoroso, ai fini della valutazione di tali atti e regolamenti doveva risultare irrilevante la violazione da parte loro di tali norme di azione, di tali norme di esercizio dei poteri dell'amministrazione, di tali norme eventualmente di tutela di interessi legittimi.

Queste conclusioni sono state raggiunte anzitutto sulla base del dato testuale richiamato. Ma esse pare che trovino subito riscontri sistematici, perché sembra sistematicamente coerente la ricostruzione del sistema di tutela giurisdizionale della legge del 1865 che ne risulta. Come si sa, questa legge trova la sua ragion d'essere nella esigenza di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi individuali; esigenza di tutela particolarmente sentita, tanto che per la sua soddisfazione veniva estesa per tali diritti la giurisdizione del

giudice civile: del giudice per eccellenza, del giudice che, con l'abolizione del contenzioso amministrativo, sarà fino al 1889 il giudice addirittura unico. Il prezzo che per ottenere questo risultato il legislatore del 1865 dovette pagare fu eliminazione di un sindacato giurisdizionale sulla violazione da parte degli atti amministrativi di norme non poste a tutela di diritti soggettivi individuali, come per definizione sono le norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione; dunque, la rinuncia a dare tutela giurisdizionale agli interessi individuali che queste norme eventualmente proteggessero. E il legislatore del 1865 in tanto poté pagare quel prezzo, in quanto, contro il parere della vivace opposizione, generalmente noto attraverso i resoconti parlamentari, ritenne questi interessi individuali interessi di mero fatto, perciò giuridicamente irrilevanti. Come si sa, la nozione di interesse legittimo fu elaborata dalla dottrina solo alla fine del secolo; la violazione delle norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione trovò un sindacato diverso dai ricorsi amministrativi propriamente detti solo nel 1889; solo in tale anno, dunque, a quegli interessi fu data una corrispondente tutela; e tale sindacato, tale tutela, oltretutto solo nel 1907 trovarono una non più contestabile qualificazione giurisdizionale, a conclusione di una evoluzione che è tutta successiva, e non di poco, alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Nell'interpretazione della quale, perciò, apparirebbe ben poco convincente, a proposito di un potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario del provvedimento amministrativo, un recupero della rilevanza della violazione e della lesione da parte di esso, delle norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione, e degli interessi individuali che eventualmente queste proteggessero.

Per una interpretazione storicamente corretta della legge del 1865 non pare che possa essere significativa l'estensione, da considerarsi comunque ad essa posteriore, del sindacato incidentale del giudice ordinario di quella violazione, di quella lesione da parte del provvedimento amministrativo; estensione che fu in ogni caso solo progressiva, con uno sviluppo del quale si possono solo intuire le tappe, in una periodizzazione di larga massima, che però sarebbe necessario verificare con una ricerca giurisprudenziale analitica. Si può supporre che con l'ampliarsi dell'intervento del legislatore primario nella disciplina dell'esercizio dei poteri amministrativi, secondo il progressivo alterarsi dell'originario riparto di competenze normative tra Parlamento ed esecutivo; col conseguente moltiplicarsi del

fenomeno delle norme di azione in forma legislativa primaria anziché regolamentare secondaria; il giudice ordinario, probabilmente senza averne la consapevolezza, abbia cominciato a disapplicare atti amministrativi solo illegittimi, dapprima purché in violazione di norme di azione aventi tale forma, e dunque nel pieno rispetto della lettera dell'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, anche se, almeno qui pare, non in coerenza col suo spirito. Poi, si può immaginare che il giudice ordinario, una volta entrato nell'area della illegittimità del provvedimento, ad un certo momento non si sia più sentito legato alla forma legislativa primaria, che eventualmente rivestissero le norme di azione violate; e abbia cominciato a valutare tale illegittimità, anche alla stregua delle norme di azione rivestite di forma regolamentare secondaria, con superamento, a questo punto, anche del testo dell'art. 5: il che significa che esso è arrivato a sindacare i vizi di legittimità del provvedimento conseguenti alla violazione da parte sua di una norma giuridica scritta, legislativa o regolamentare che fosse, ossia l'incompetenza e la violazione di legge; e si deve ritenere che di questa estensione della propria cognizione che il giudice ordinario veniva operando, esso ne fosse ormai pienamente cosciente. Rimaneva l'eccesso di potere: ma ad un giudice ordinario che era arrivato con piena consapevolezza a sindacare due dei tre vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, la preclusione del sindacato del terzo di tali vizi doveva essere sentita incomprensibile prima ancora che inaccettabile: di qui, ma ormai è storia di non molti decenni fa, l'attrazione anche dell'eccesso di potere nell'oggetto della cognizione incidentale di tale giudice.

Non si intende qui discutere se vi sia, e quale sia, il fondamento del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario anche al provvedimento amministrativo solo illegittimo; oltretutto, pare del tutto improbabile una inversione di tendenza della giurisprudenza: un superamento, o anche solo un ridimensionamento di una evoluzione che, ormai, oltre che conclusa, appare anche consolidata. Solo, si può osservare questo: che il fondamento più solido di questa progressiva estensione della cognizione incidentale del giudice ordinario anche alla illegittimità del provvedimento amministrativo, pare doversi individuare nel parallelo ed ugualmente progressivo emergere al di fuori dei limiti della giurisdizione di quel giudice, della rilevanza delle norme di azione, di esercizio dei poteri amministrativi, e

dunque della loro violazione da parte del provvedimento amministrativo stesso: nel quadro della evoluzione appena descritta, della istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, della attribuzione del carattere incontestabilmente giurisdizionale delle funzioni da essa esercitate, dello sviluppo costante dell'ampiezza e della consistenza del ruolo svolto da quello che ora si deve chiamare il giudice amministrativo, quindi dello sbocco di tale sviluppo in quel vero e proprio sistema di giudici amministrativi ora delineato dagli artt. 103 e 125 Cost. È verosimile che il giudice ordinario, in sede di esercizio del suo potere di disapplicazione del provvedimento, non abbia più potuto ignorare la sua illegittimità, la violazione da parte sua di norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione, di per sé al di fuori della sua giurisdizione, proprio in corrispondenza dello sviluppo e dell'affermazione di un vero e proprio ordine di giudici che in tale illegittimità, nella violazione di tali norme trovano la definizione della loro giurisdizione: che perciò, in un certo senso, non può più considerarsi speciale. Ma se potesse essere considerata fondata questa identificazione del fondamento di quella estensione della cognizione incidentale del giudice ordinario in questo processo di vera e propria progressiva « giuridificazione » delle norme dell'ordinamento amministrativo violate, di graduale aumento della rilevanza delle conseguenze della loro violazione, allora il rilievo di questo nesso rimbalzerebbe all'indietro su quanto sopra osservato, confermando la tesi che si è prima sostenuta: che al sistema di tutela giurisdizionale delineato nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo, interpretato nel contesto dell'epoca nella quale essa fu emanata, era estranea l'idea che il giudice ordinario potesse disapplicare non solo i provvedimenti amministrativi che ora si direbbero illeciti, ma anche quelli che ora si direbbero illegittimi; perché se il giudice ordinario, in sede di disapplicazione del provvedimento amministrativo, ha cominciato a cogliere la rilevanza della violazione da parte di esso di norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione, in corrispondenza dello sviluppo in proposito di un diverso, istituzionale sindacato, poi divenuto giurisdizionale, è evidente che per quel giudice tale violazione di queste norme doveva essere del tutto indifferente, prima che quel sindacato venisse istituito.

Comunque, qui non si vuole neppure esprimere una valutazione sul valore di tale estensione, almeno al di là di quelle poche considerazioni che appaiono del tutto spontanee, nella loro banalità.

Anzitutto, non vi è dubbio che, in linea di principio, quella estensione sia da salutare positivamente, come in genere ogni sviluppo verso un maggiore garantismo. Ma, certo, questa valutazione favorevole sarebbe stata più incondizionata e senza riserve, questo omaggio al principio garantistico sarebbe stato meno scevro di preoccupazioni, se l'esperienza di questi anni non avesse sollevato non poche perplessità: non ci avesse mostrato non pochi casi nei quali il giudice ordinario, e soprattutto quello penale, del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo solo illegittimo, ha fatto un esercizio che pare eccessivo e troppo disinvolto, quando non francamente a sproposito.

Quel che qui preme sottolineare è questa conclusione. Quali che siano stati gli sviluppi interpretativi dell'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nel contesto del sistema che questa legge delinea, il problema della definizione del potere del giudice ordinario, e anzi, meglio, del giudice civile, di disapplicare il provvedimento amministrativo, è anzitutto il problema della definizione del potere di tale giudice di disapplicare il provvedimento amministrativo illecito: il provvedimento amministrativo che viola norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, perché viola norme che sono in forma legislativa primaria, e che devono necessariamente essere in forma legislativa primaria; quindi, il potere di tale giudice di disapplicare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo individuale.

4. È evidente come la conclusione adesso raggiunta rafforzi la tesi che qui si cerca di sostenere, secondo la quale il giudice civile, nell'ipotesi considerata dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, anzitutto possa e debba disapplicare proprio il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela giurisdizionale. Perché il caso nel quale alla questione di lesione di un diritto soggettivo da parte di un provvedimento amministrativo, sia pregiudiziale la questione di liceità di un diverso atto amministrativo, è sì astrattamente profilabile, ma di certo di rarissima verifica pratica; e dunque la previsione di un potere di disapplicazione dell'atto non conforme alle leggi, inteso solo come atto illecito, che dell'ipotesi considerata da tale art. 4 non potesse investire il provvedimento lesivo del diritto,

davvero avrebbe una importanza scarsissima: ridicolmente sproporzionata al rilievo che viceversa tale potere sembra avere, nel quadro del sistema di tutela giurisdizionale delineato dalla legge che si esamina.

Rilievo in forza del quale si deve affermare che in quel sistema il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chieda tutela giurisdizionale, si rivela essere quello fondamentale, appunto di tutela giurisdizionale, attribuito al giudice civile. E, che, conseguentemente, quel medesimo potere si manifesta come l'elemento di maggiore significato per la ricostruzione del modo di essere della invalidità del provvedimento amministrativo illecito.

A questo ultimo proposito, si osserverà che uno degli aspetti meno soddisfacenti della letteratura sui limiti della giurisdizione del giudice civile, sulla discriminazione di questa da quella del giudice amministrativo, sia la sostanziale sua rinuncia a inquadrare nella teoria della invalidità dell'atto amministrativo le conseguenze della violazione da parte del provvedimento amministrativo di norme di quel tipo che radica la giurisdizione del giudice civile: le conseguenze della illegalità del provvedimento amministrativo, per la quale questo non sfugge a tale giurisdizione; le conseguenze della sua illiceità, insomma. Dal mancato approfondimento di questo profilo, se ne possono capire le ragioni, che sostanzialmente attingono alla difficoltà della stessa impostazione del problema: la teoria della invalidità dell'atto giuridico si sviluppa prevalentemente sulla base della classica distinzione di matrice privatistica tra nullità e annullabilità di tale atto; e ambedue queste alternative paiono del tutto inappropriate per la soluzione del problema indicato.

Non la alternativa della nullità: che il provvedimento amministrativo in violazione di norme che tutelano diritti soggettivi, dunque lesivo di questi diritti soggettivi stessi nullo non sia, risulta evidente dalla preclusione che espressamente la norma pone al giudice civile, di revocarlo o di modificarlo, *rectius* di annullarlo: che senso avrebbe precludere l'annullamento di un atto che già di per sé dovesse essere considerato nullo? Con questa osservazione, non si vuole negare che il fenomeno della nullità del provvedimento amministrativo esista; e neppure che questa nullità possa derivare solo dalla violazione delle norme di relazione, delle norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, dunque delle norme che astratta-

mente almeno possono proteggere diritti soggettivi individuali, perché non pare dubbio che la violazione di norme di azione, di esercizio di quei poteri, possa portare solo alla sua annullabilità. Solo, lasciando impregiudicato il problema di quando la violazione da parte del provvedimento delle norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione implichi addirittura la sua nullità, rimane comunque chiaro che la violazione da parte sua di tali norme, quindi la lesione da parte di diritti soggettivi individuali, non comporti di per sé tale così radicale effetto. Con la conseguenza della inapplicabilità a tale ipotesi dell'art. 1418 cod. civ., che dispone la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, salvo diversa disposizione; o, se si preferisce, l'applicabilità di tale norma, ma con questa sua riserva, perché la diversa disposizione che escluda la nullità dovrebbe risultare, come si dirà tra breve, proprio dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Ma neppure l'alternativa della annullabilità. Anzitutto, anche essa è esclusa in tutta chiarezza proprio dalla preclusione al giudice civile di annullare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo, che è esplicitamente disposta dalla norma: come può dirsi annullabile un provvedimento, che non può essere annullato proprio dal giudice che istituzionalmente ha giurisdizione al riguardo? Tanto più che questo potere di annullamento, che al giudice civile è espressamente negato, non può essere efficacemente surrogato dalla ulteriore disciplina delle conseguenze della declaratoria da parte sua della illiceità del provvedimento stesso: non dal dovere di ottemperanza dell'amministrazione, che, malgrado ogni dichiarazione contraria di principio, in realtà mantiene sempre qualche margine di elasticità, e perciò in ultima analisi di eventualità; e neppure da poteri del giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza, ai quali parimenti devono essere riconosciuti i medesimi caratteri, che forse costituiscono la prima, delle due ragioni per cui tale giudice in materia ha giurisdizione estesa al merito; senza considerare, inoltre, i dubbi sulla rilevanza per l'interpretazione di una norma, nel caso dell'art. 4 della legge del 1865, di quanto disposto da un'altra norma alla prima successiva, sempre nel caso l'attuale art. 27, n. 4 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato. Anche da un altro punto di vista, poi, l'alternativa della annullabilità è del tutto insoddisfacente: per difetto, almeno tanto,

quanto prima la nullità lo è parso per eccesso; l'annullabilità del provvedimento amministrativo da parte dell'amministrazione e dei suoi organi decisorii di ricorsi nel 1865, da parte del giudice amministrativo dopo, ed attualmente, è la tipica conseguenza della violazione da parte di esso di norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione: di norme, cioè, lo si è prima ricordato, che ben dopo l'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo hanno acquistato la rilevanza che oggi hanno; e che ancora oggi, e figuriamoci allora, non possono essere paragonate per importanza a quelle di relazione, di esistenza di quei medesimi poteri: perché, nel 1865, tra le une e le altre vi era tutto lo spessore della distinzione tra interessi individuali considerati solo di mero fatto, e interessi individuali protetti addirittura come diritti soggettivi: e il valore semantico di questa espressione può essere subito colto, solo che si pensi al significato ideologico che allora aveva il diritto di proprietà; e tutto lo spessore della distinzione tra norma legislativa primaria e norma regolamentare secondaria; con una differenziazione che ancora oggi pare rilevante, tanto che malgrado l'attribuzione sempre più frequente della fonte legislativa primaria alla normativa di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione, sembra ancora possibile configurare il complesso di tali norme, indipendentemente dalla veste formale assunta, come un ordinamento giuridico amministrativo a carattere derivato, distinto ed anzi contrapposte all'ordinamento generale del quale fanno parte le norme di relazione, di esistenza di quei poteri, che le deriva. Ora, qualificare ugualmente solo in termini di annullabilità, s'intende ad opera comunque di organi amministrativi o giurisdizionali diversi dal giudice civile, l'invalidità del provvedimento amministrativo in violazione di norme necessariamente in forma di legislazione primaria, parte integrante dell'ordinamento generale, e in lesione di diritti soggettivi da quelle norme protetti, implicherebbe un inammissibile appiattimento di norme e di ordinamenti la cui diversità di livello deve pur sempre essere apprezzata; e limitare i poteri del giudice civile nei confronti del provvedimento amministrativo in violazione di norme e in lesione di situazioni giuridiche soggettive, che sono compresi nel sindacato e nella tutela per la quale il legislatore dell'età liberale gli ha dato giurisdizione, a... provocare il suo annullamento da parte di organi terzi, comporterebbe una ugualmente inaccettabile compressione del ruolo di difesa di situazioni giuridiche individuali che quel legislatore non può non avergli assegnato. An-

che per questa strada, dunque, si arriva alla conclusione già più volte espressa: che, nel sistema di tutela giurisdizionale delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, non avrebbe senso negare al giudice civile, nei confronti del provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo il cui titolare gli chiede tutela, il potere di disapplicare questo provvedimento stesso, come unico strumento che porti, appunto, ad un minimo di tutela effettiva di tale diritto.

Una volta riconosciuto che la qualificazione della invalidità del provvedimento amministrativo illecito non può essere inquadrata nell'alternativa nullità o annullabilità, è evidente che quel che del problema deve essere rettificato, è la sua stessa impostazione; e per tale rettifica s'impone una precisazione metodologica. Questa. Per la determinazione del regime sostanziale della invalidità dell'atto, di qualsiasi atto, non si può in nessun modo prescindere dalla considerazione del suo regime processuale. Si potrebbe anche arrivare all'estremo di sostenere la tesi secondo la quale tale regime sostanziale sia il mero riflesso di tale regime processuale, ma ci parrebbe che in tal modo si cadrebbe da un eccesso all'altro. Però ci sembra esatto almeno che regime sostanziale e regime processuale si completino a vicenda, in una connessione tale per la quale l'uno non può essere ricostruito se non sulla base dell'altro.

Ciò sembra già evidente per il regime della nullità del contratto. Gli artt. 1418 e ss. cod. civ., dettano una serie di disposizioni, e sia pure alcune solo per implicito, dalle quali risulta, tra l'altro, che l'azione di nullità ha carattere di accertamento, è imprescrittibile, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, etc.: non siamo in presenza di un disegno dei caratteri sostanziali della nullità, che è ottenuto anzitutto e soprattutto attraverso la disciplina della tutela giurisdizionale accordata a chi la vuol far valere? E un ordine di considerazioni analogo potrebbe valere per determinare la portata degli artt. 1441 e ss. del medesimo codice civile, relativi all'azione di annullamento.

E questo collegamento così stretto è evidente anche per il regime sostanziale del provvedimento amministrativo in violazione di norme di azione, di esercizio del potere dell'amministrazione: che tale provvedimento sia qualificabile come annullabile, non lo si deduce, invece che attraverso lunghe elucubrazioni dogmatiche, anzitutto dalle disposizioni che lo rendono impugnabile entro un breve termine, da soggetti a ciò specificamente legittimati, davanti ad un

giudice che ha il potere di annullarlo, secondo il disposto dell'art. 45 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, ed ora anche dell'art. 26 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali: ossia, secondo nozioni giuridiche elementari, che ha il potere di eliminarlo, con effetto *ex tunc*, e senza vincolo di tutela di situazioni giuridiche da esso sorte?

*Ad abundantiam*, si può anche aggiungere che il medesimo metodo ricostruttivo pare essere l'unico strumento concettuale capace di risolvere un altro problema, assai delicato: se e in quali limiti il vizio di merito del provvedimento amministrativo, possa portare addirittura alla sua invalidità; e cioè possa renderlo non solo revocabile, ossia eliminabile con effetto tendenzialmente solo *ex nunc*, e col rispetto delle posizioni individuali da esso costituite, almeno di quelle aventi consistenza di diritto soggettivo; ma addirittura eliminabile con effetto *ex tunc*, e con pregiudizio di tali posizioni, cioè mediante un atto che dell'annullamento ha tutti i caratteri sostanziali. In questo ordine di idee, è evidente che il provvedimento amministrativo viziato nel merito sarà addirittura invalido, ed annullabile, negli stessi precisi limiti entro i quali vi sia un giudice che in tale caso lo possa eliminare con effetto *ex tunc*, e col pregiudizio delle posizioni individuali che esso avesse costituito; al limite, vi sia un organo decidente un ricorso amministrativo, o un organo di controllo anche nel merito, s'intende al di fuori e quindi non legato dalle previsioni degli artt. 125 e 130 Cost., al quale un simile potere fosse attribuito.

In questo medesimo ordine di idee, la ricostruzione del regime sostanziale dei provvedimenti amministrativi in violazione di norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, dei provvedimenti amministrativi lesivi dei diritti soggettivi individuali, va condotta fondamentalmente sulla base dei poteri che nei loro confronti ha il giudice: anzitutto quel giudice, ed è ovvio, che in materia è giurisdizionalmente competente, ossia il giudice civile. Tali poteri consistono, in primo luogo, nell'accertamento degli effetti che quei provvedimenti hanno « ... in relazione all'oggetto dedotto in giudizio », secondo la formula del primo comma dell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo; ma anche, in secondo luogo, ma non secondariamente, e anzi soprattutto, nella loro disapplicazione, in base al successivo art. 5, nella interpretazione che qui si è cercato di sostenere.

Da tutto quanto si è venuti fin qui dicendo, e anche indipendentemente dalle ulteriori considerazioni che si svolgeranno tra poco, risulta già chiaro che la inapplicabilità del provvedimento amministrativo assurge a conseguenza normale e generalizzata della violazione da parte sua delle norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, della lesione da parte sua dei diritti soggettivi individuali da queste protetti. La tesi, anche se non seguita in letteratura, e soprattutto in giurisprudenza, non perciò è nuova: deve essere qui ricordata, anzitutto, l'opera di CANNADA BARTOLI, anche se sviluppata su premesse, e secondo linee diverse da quelle qui accolte e proposte.

L'inapplicabilità, dunque, nel senso che si viene precisando, è il modo di essere della invalidità di quei provvedimenti amministrativi. Si potrà osservare che una siffatta invalidità non è inquadrabile nella generale teoria della invalidità dell'atto giuridico, se questa viene riduttivamente e semplicisticamente polarizzata sulla distinzione della annullabilità dalla nullità. Ma questo rilievo non potrebbe giustificare da solo il rigetto del ragionamento proposto: se il modo di essere dell'invalidità di tali provvedimenti potesse essere considerato come correttamente ricostruito, sarebbe paradossale che le conclusioni che fossero ritenute così esattamente raggiunte dovessero poi esser respinte, perché non inquadrabili in determinati schemi precostituiti: in classificazioni elaborate in altre materie, per soddisfare diverse esigenze; sarebbero queste classificazioni a dover essere corrette, o meglio arricchite, più finemente articolate, per poter attribuire loro una validità descrittiva più generale. E ogni teoria dell'invalidità dell'atto che non tenesse conto della esistenza di atti, appunto i provvedimenti amministrativi in violazione di norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, i provvedimenti amministrativi lesivi dei diritti soggettivi da queste protetti, la cui invalidità non consiste nella loro nullità o nella loro annullabilità, ma nella loro inapplicabilità, ci dovrebbe apparire monca: perché, quanto meno, sarebbe abbastanza inutilizzabile per la soluzione di alcuni nostri fondamentali problemi che sono insieme di diritto amministrativo sostanziale e di giustizia amministrativa.

In che cosa consista il potere di disapplicare un atto giuridico è, nelle sue grandi linee, generalmente noto, e facilmente profilabile. Con tale potere il soggetto, e anzitutto il giudice, che deve ricostruire quale sia l'assetto di un concreto rapporto, sul quale tale atto possa astrattamente incidere, determina tale assetto prescindendo dagli

effetti che questo atto produce. Il potere di disapplicazione di un atto, dunque, investe, i suoi effetti, non toccando la sua esistenza formale.

Il potere di disapplicazione di un atto, e quindi anche del provvedimento amministrativo, postula anzitutto, perciò, che questo espliciti effetti. Di conseguenza, non ha senso che il giudice civile disapplichì provvedimenti amministrativi in violazione di norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, in quei casi estremi, comunque debbano essere identificati, nei quali tali provvedimenti, per la violazione di tali norme, siano addirittura nulli.

Il giudice ordinario, quindi, può disapplicare provvedimenti amministrativi lesivi di diritti soggettivi individuali, solo quando essi, ed è l'ipotesi normale, malgrado che violino le norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione che quei diritti proteggono, esplicano i loro effetti lesivi di questi.

In tale ipotesi, il potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi illeciti che l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo attribuisce al giudice civile pare potersi distinguere bene dal potere di annullamento di essi, che viceversa il precedente art. 4 gli nega: perché, appunto, quello, a differenza di questo, incide solo sui loro effetti. La distinzione è evidentissima se il provvedimento i cui effetti il giudice civile disconosce nel caso concreto ha viceversa carattere generale; ma l'intangibilità del provvedimento amministrativo nella sua esistenza formale, comunque la rende profilabile anche nel caso dei provvedimenti amministrativi a carattere individuale, che sono poi quelli che nella vicenda della lesione dei diritti soggettivi acquistano di solito la maggiore rilevanza. Perciò, appare inaccettabile l'orientamento giurisprudenziale prima richiamato, secondo il quale quel giudice civile al quale è precluso l'annullamento del provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo, del quale il titolare gli chiede tutela giurisdizionale, è per questa ragione che non potrebbe neppure disapplicarlo. È vero esattamente il contrario: il giudice civile, che non può annullare quel provvedimento, non per questo non lo può disapplicare; anzi: in forza dell'art. 5 della legge del 1865, nell'interpretazione che qui si cerca di sostenere, lo può e addirittura lo deve disapplicare. Risulta così confermata l'opinione espressa da SANTI ROMANO nei suoi « Principi di diritto amministrativo », ricordata da G. MIELE nella relazione sulla giustizia amministrativa al congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione:

« Solo la modifica o la revoca *formale* (la sottolineatura è dell'Autore), sono ad essa (*scil.*: all'autorità giudiziaria) interdette ».

Il completamento della ricostruzione in questo ordine di idee del potere di disapplicazione da parte del giudice civile del provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiedo tutela, può ora essere rapidamente concluso.

Nel sistema di tutela giurisdizionale delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, così come lo si è cercato qui di ricostruire, i poteri del giudice civile nei confronti di tale provvedimento sono anzitutto definiti dal primo comma dell'art. 4: esso si limiterà « ... a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio ». E poiché, lo si è già sottolineato, primo e secondo comma di tale articolo devono essere interpretati in modo unitario, cosa significhi questa limitazione della cognizione del giudice civile agli effetti del provvedimento, è precisato dalla preclusione del suo annullamento formulata nel successivo capoverso: non può eliminare gli effetti lesivi che quel provvedimento produce sul diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela, puramente e semplicemente sopprimendolo perché in violazione di norme di relazione, di norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che quel diritto proteggano.

Prima di proseguire il ragionamento coinvolgendo nelle argomentazioni l'art. 5, ci si vorrebbe fermare un attimo per accennare ad un rilievo. La limitazione dei poteri del giudice civile alla cognizione dei soli effetti del provvedimento amministrativo illecito è sempre stata vista in chiave di restrizione di tali poteri. E questa lettura così riduttiva della norma pare esatta, tanto più esatta in quanto il primo comma dell'art. 4 lo si consideri in strettissima connessione col secondo comma, come qui si sostiene che debba essere letto. Ma quella limitazione dei poteri del giudice civile potrebbe essere valutata anche in una diversa prospettiva. La legge abolitrice del contenzioso amministrativo vuole dare una risposta alla esigenza di tutela di diritti soggettivi individuali, contro provvedimenti amministrativi che li ledano illecitamente. Da questo angolo visuale, la protezione di tali diritti è molto più importante della sorte dei provvedimenti che li ledano. Certo, i poteri di cognizione del giudice civile sono comunque condizionati dai caratteri che la posizione costituzionale dell'esecutivo e dell'amministrazione imprime ai provvedimenti che questa emette: caratteri per i quali questi provvedimenti non possono essere considerati radicalmente nulli solo perché

superano i confini dei poteri dell'amministrazione, né possono essere annullati dal giudice che di quei confini è il garante. Ma in fin dei conti il ruolo del giudice civile è la tutela del diritto soggettivo, e non una pronuncia, di accertamento o costitutiva, che direttamente riguarda il provvedimento amministrativo. Del resto nella più ampia prospettiva del processo civile, pur prevedendo l'ordinamento azioni, di accertamento o costitutive, direttamente su contratti ed atti di diritto privato, nell'ipotesi normale l'oggetto della cognizione del giudice ordinario sono rapporti, quindi diritti, obblighi, e così via: in altre parole, appunto, situazioni giuridiche soggettive, e non modi di essere di atti. Perciò, nel tentativo di spremere dal testo delle norme che si analizzano tutti gli elementi utilizzabili in una ricostruzione in positivo dei poteri del giudice civile, non si può tralasciare questo dato: che la limitazione della cognizione di questo giudice ai soli effetti che il provvedimento amministrativo esplica sull'oggetto del giudizio, può anche essere ricollegata al fatto che questo oggetto è individuato nel diritto soggettivo leso, non nel provvedimento amministrativo che lo lede; e che l'essenziale del ruolo di tutela giurisdizionale che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo affida a quel giudice, è la tutela di questo diritto, non l'eliminazione di questo provvedimento: anche prima e indipendentemente dalle ragioni per le quali questa, al giudice civile, è preclusa.

Si può riprendere, adesso, il ragionamento relativo specificamente al potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile. Quale possa essere, conclusivamente, la sua funzione, lo si intravede già. Per poter procedere in modo più argomentato, si confermerà allora che la chiave risolutiva di lettura dell'art. 5 è la sua strettissima connessione con l'art. 4. Finora, questa connessione era stata individuata in due sensi. In primo luogo, affermando che il giudice civile può disapplicare il provvedimento amministrativo anche nell'ipotesi prevista e regolata dall'art. 4, nella quale il provvedimento amministrativo è lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chieda tutela. Successivamente si era affermato che in tale ipotesi il giudice civile deve disapplicare, anzitutto, proprio quel provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela, e proprio perché lesivo di esso. Adesso si deve arrivare alle ultime conseguenze alle quali può portare un'analisi degli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo che davvero voglia

essere unitaria fino in fondo. Si dovrà dire, allora, che gli effetti sull'oggetto dedotto in giudizio, ossia sul diritto soggettivo del quale il titolare chieda tutela giurisdizionale al giudice civile, ai quali questo giudice deve limitare la sua cognizione, anche se gli è preclusa l'eliminazione di quel provvedimento nella sua esistenza formale, ciò nonostante non sono quelli che tale provvedimento può astrattamente produrre: sono quelli che quel provvedimento può ancora produrre, nella ricostruzione dell'assetto del concreto rapporto, che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo demanda a quel giudice: dunque, sono quelli che quel provvedimento può ancora produrre, dopo che quel giudice abbia eventualmente esercitato nei suoi confronti il suo potere di disapplicazione.

Se il titolare di un diritto soggettivo chiede al giudice civile tutela giurisdizionale di esso, affermando che l'amministrazione ha emanato un provvedimento che lo lede, in violazione delle norme di relazione, di esistenza dei suoi poteri, che quel diritto viceversa proteggano, quel giudice dovrà accertare, anzitutto, la fondatezza dell'asserzione dell'attore: dovrà accertare, cioè, se il provvedimento amministrativo abbia prodotto l'effetto lesivo del diritto individuale col rispetto oppure con la violazione di quelle norme; ossia, dovrà accertare se tale provvedimento è lecito, oppure illecito. In ogni caso, il giudice civile, in base all'art. 4, primo comma, dovrà ricostruire l'assetto del rapporto dedotto in giudizio, valutando l'incidenza che su di esso ha provocato il provvedimento amministrativo; provvedimento amministrativo che, secondo il medesimo art. 4, secondo comma, comunque non potrà annullare, ossia eliminare nella sua esistenza formale. Però, se il giudice civile riscontrerà che il provvedimento amministrativo è lecito, non eserciterà nei suoi confronti il potere di disapplicazione previsto dall'art. 5: il che vuol dire, che nella ricostruzione di quell'assetto, dovrà tenere conto pienamente del suo effetto; il diritto soggettivo del quale il titolare gli aveva chiesto tutela giurisdizionale, risulterà, oltre che lecitamente leso, al limite soppresso, perciò anche validamente leso, al limite soppresso: la richiesta tutela giurisdizionale verrà negata. Ma se il giudice civile riscontrerà che il provvedimento amministrativo viceversa è illecito, eserciterà nei suoi confronti il potere di disapplicazione previsto dall'art. 5: il che vuol dire, che nella ricostruzione di quell'assetto, non potrà tenere conto del suo effetto; il diritto soggettivo del quale il titolare gli aveva chiesto tutela giurisdizio-

nale, risulterà integro, e ancora sussistente: con questo accertamento, la richiesta tutela giurisdizionale viene realizzata.

Se il proprietario di un'area chiede al giudice civile tutela del proprio diritto di proprietà su di essa, nei confronti di un decreto di espropriazione che afferma essere stato emanato oltre il termine indicato nella dichiarazione di pubblica utilità, quel giudice dovrà accertare, anzitutto, se quel provvedimento realmente sia sotto tale profilo illecito. Se accerta che è lecito, non potrà, mediante l'esercizio del potere di disapplicazione, disconoscere il suo effetto di sottrazione dell'area al diritto di proprietà dell'attore: questo effetto si rivelerà essere stato validamente prodotto; il diritto di proprietà del quale il titolare gli aveva chiesto tutela giurisdizionale, risulterà ad esso non più pertinente: la tutela giurisdizionale richiesta sarà così negata. Ma se accerta che è illecito, dovrà, mediante l'esercizio del potere di disapplicazione, disconoscere il suo effetto di sottrazione dell'area al diritto di proprietà dell'attore: questo effetto si rivelerà essere stato invalidamente prodotto; il diritto di proprietà del quale il titolare gli aveva chiesto tutela giurisdizionale, risulterà ad esso ancora pertinente: la tutela giurisdizionale richiesta, con questo accertamento sarà così accordata.

5. Arrivati a questo punto della ricostruzione del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo non conforme « ... alle leggi », che l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo attribuisce al giudice ordinario, essa, per quanto mal riuscita la si potesse considerare, dovrebbe comunque ritenersi conclusa. Ma potrebbe sembrare, se non proprio un motivo di sua incompletezza, una ulteriore ragione di sua fragilità, la mancata valutazione di quel tema, che prima si era rilevato che la giurisprudenza connette strettamente a tale potere: la (supposta) preclusione imposta al medesimo giudice ordinario, di emettere nei confronti dell'amministrazione sentenze di condanna diverse da quelle al puro e semplice pagamento di una somma di denaro.

Si era ricordato che la giurisprudenza, nel tentativo di individuare, e comunque di dare in qualche modo un fondamento a questa preclusione, che di per sé non si trova formulata in alcuna norma espressa, la fa derivare dalla preclusione ad annullare il provvedimento amministrativo, che, questa sì, è esplicitamente disposta dal precedente art. 4: in tanto il giudice civile non può condannare a restituire il bene del quale si è impossessato in forza di un decreto

di espropriazione illecito, per esempio, in quanto questo decreto egli non lo può annullare. Conseguentemente, la giurisprudenza, è in questo ordine di idee che poi è costretta a negare che quel medesimo decreto sia disapplicabile: altrimenti, il suo effetto di trasferimento della proprietà sul bene, la sua rilevanza come fattore di legittimazione dell'impossessamento materiale di questo, non potrebbe che essere disconosciuta.

Queste riflessioni non sono specificamente dedicate a questo tema. Ciò nonostante, esso non può essere qui ignorato, perché la linea di ragionamento in base alla quale prima è parso che si dovesse arrivare alla conclusione per cui il giudice civile deve disapplicare il provvedimento amministrativo del quale il titolare gli chiede tutela giurisdizionale, non può non essere ora difesa anche da questo punto di vista. Ma le ragioni per le quali quel tema deve essere qui considerato, consentono che si adotti un angolo particolare di valutazione dei problemi che così si incontrano: è sufficiente che si accenni ad una ipotesi, anzi a più ipotesi per la loro soluzione, senza spingere fino alla conclusione l'analisi sulla loro fondatezza: esse vengono profilate al solo scopo di indicare che esistono varie altre possibilità di ottenere gli stessi risultati pratici ai quali la giurisprudenza vuole pervenire, diverse dalla strada che questa batte: diverse dalla affermazione della non disapplicabilità del provvedimento non annullabile, perché, appunto, non annullabile.

Anzi, pare che queste diverse possibilità siano anche più soddisfacenti, proprio dal punto di vista nel quale la giurisprudenza si colloca: perché la preclusione della emanazione di sentenze di condanna dell'amministrazione a qualcosa di diverso dal mero pagamento di una somma di denaro, se viene fondata sulla non disapplicabilità del provvedimento amministrativo, derivata dalla sua non annullabilità, a ben guardare non può essere ritenuta sussistente in tutti i casi nei quali la giurisprudenza ritiene di esservi vincolata; o, quanto meno, non può esserlo ritenuta, su basi di ragionamento che si rivelino logicamente accettabili.

Perché, in linea generale, sembra che nell'orientamento giurisprudenziale siano indebitamente mescolate due sequenze concettuali eterogenee. I problemi della (non) annullabilità, e quindi della (non) disapplicabilità del provvedimento amministrativo, riguardano l'azione che l'amministrazione pone in essere, che abbia carattere giuridico; i problemi della (non) pronunciabilità di sentenze di condanna specifica nei suoi confronti, per esempio alla restituzione di

un bene del quale si sia impossessata senza una lecita, ed anzi valida copertura giuridica, attengono, viceversa, al suo comportamento di fatto, in ipotesi, appunto, al suo impossessamento materiale del bene. Il primo ordine di problemi deriva dalla violazione da parte dell'amministrazione di norme che riguardano l'emanazione dei suoi provvedimenti, e dunque la loro validità, e cioè di norme strumentali; il secondo ordine di problemi dalla violazione da parte sua di norme che concernono la sua attività materiale, e cioè di norme sostanziali. E che si tratti di gruppi di problemi realmente eterogenei, sembra risultare con chiarezza dalla analisi nei casi nei quali tra provvedimenti e comportamenti vi sia dissociazione, quali che siano poi le conseguenze che da essa si vogliono trarre.

Anzitutto, si faccia l'esempio — lo si ammette: puramente di scuola — nel quale l'amministrazione emetta sì un decreto di espropriazione che la giurisprudenza consideri illecito, ritenendo al riguardo la giurisdizione del giudice civile, ma senza accompagnarlo con la materiale apprensione del bene. Malgrado che manchi questo susseguente (o, anzi, normalmente antecedente) comportamento di fatto lesivo del diritto del proprietario, si vorrà bene ammettere che questo sia legittimato, e per di più abbia pienamente l'interesse ad esperire davanti al giudice civile un'azione a tutela di tale suo diritto: un'azione che avrà per contenuto l'accertamento della sussistenza di questo, malgrado l'incidenza che su di esso sembrerebbe avere il decreto di espropriazione: accertamento che il giudice adito potrà compiere, solo dopo la previa disapplicazione di questo provvedimento. In questo caso, la giurisprudenza non potrebbe negare questa disapplicazione, perché altrimenti si priverebbe del mezzo per negare la condanna dell'amministrazione alla restituzione del bene: mancando l'impossessamento da parte sua di questo, per una simile condanna qui non c'è spazio. Eppure non si dubita che anche in questo caso la giurisprudenza negherebbe la disapplicazione del decreto di espropriazione: ossia, pur accertando la sua illiceità, ricostruirebbe il rapporto dedotto in giudizio non riconoscendo l'effetto soppressivo del diritto soggettivo del quale il titolare ha chiesto al giudice civile tutela giurisdizionale, che esso ha prodotto. Potrebbe sembrare che di questo ipotizzato orientamento giurisprudenziale si dovesse esprimere una valutazione negativa; e, certo, per tutte le ragioni che si è cercato di esporre, la conclusione alla quale perverrebbe non ci parrebbe condivisibile; però, di esso non si può trascurare un aspetto dialetticamente positivo: per-

ché comincia a mostrare che la sequenza concettuale relativa alla (non) annullabilità e alla (non) disapplicabilità del provvedimento amministrativo, ha una sua logica interna che prescinde da quella della diversa sequenza concettuale concernente la non condannabilità dell'amministrazione a qualcosa di diverso dal mero pagamento di una somma di denaro, con la quale, viceversa, la giurisprudenza che si critica indebitamente la mescola.

E a questo medesimo risultato sembra che si possa pervenire con chiarezza maggiore, con l'analisi dell'ipotesi inversa a quella ora considerata che, questa sì, è viceversa di quotidiana verifica: quella, cioè, nella quale vi sia impossessamento del bene da parte dell'amministrazione, ossia un suo comportamento di fatto, lesivo del diritto soggettivo di proprietà, senza la previa emanazione di un provvedimento che lo legittimi: un decreto di espropriazione, di occupazione di urgenza, od altro. Anche in questo caso, la tendenza almeno in passato, e talvolta anche ora assai netta in giurisprudenza è nel senso di negare che il giudice civile possa condannare l'amministrazione e restituire il bene; e anche in questo caso, la giurisprudenza non sa trovare miglior fondamento a questo suo orientamento, della derivazione dalla preclusione all'annullamento, e quindi alla disapplicazione del provvedimento. Certo, qui la giurisprudenza incontra la difficoltà costituita dalla circostanza che in questo caso un provvedimento amministrativo formale manca. Ma non lo considera insuperabile: perché ricorre alla finzione, che un provvedimento, sia pure tacito, comunque ci sia: ed è quello che il comportamento di fatto dell'amministrazione presuppone, se non altro perché rispetto ad esso viene ad atteggiarsi come la sua attuazione; e così, ecco il provvedimento che non può essere annullato, che non può essere disapplicato: ecco il provvedimento il cui non disconoscibile effetto legittima l'occupazione del bene da parte dell'amministrazione, che conseguentemente non può essere condannata a restituirlo. Una ricostruzione più realistica del caso ipotizzato, però, non negherebbe che in esso provvedimenti amministrativi non ce ne sono: è artificioso voler presupporre l'esistenza di un provvedimento che in realtà non esiste; tanto più che esso viene presupposto... al solo scopo di negare che possa essere annullato, e quindi per scoprire che perciò non può neppure essere disapplicato.

Almeno per il momento, non si vuole affatto mettere in discussione che nel nostro ordinamento viga realmente il principio affermato dalla giurisprudenza: il principio secondo il quale il giudice

civile non può condannare l'amministrazione a qualcosa di diverso dal mero pagamento di una somma di denaro; in particolare, a tenere un comportamento concreto, a restituire un bene del quale si sia illecitamente impossessata; e così via. Solo, si vuole osservare che tale principio non può essere dedotto, o, quanto meno, non può essere dedotto con un ragionamento che appaia logicamente accettabile, *sic et simpliciter* dalla preclusione all'annullamento del provvedimento amministrativo disposto per quel medesimo giudice dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Allora la giurisprudenza, se (e si vedrà tra un attimo la portata della riserva che questa particella introduce), se, dunque, lo vuole desumere all'interno del sistema di tutela giurisdizionale che questa legge delinea, deve trovargli un diverso fondamento. Che, del resto, sarebbe tutt'altro che impossibile profilare, come sostenuto anche da varie altre pronunce, con uno sforzo ricostruttivo che, oltretutto, sarebbe comunque inferiore alla fantasia necessaria per immaginare provvedimenti che non ci sono, e collegamenti che non reggono. La preclusione all'annullamento del provvedimento amministrativo, che il legislatore del 1865 ha esplicitamente imposto al giudice civile, lo si può comprendere solo sulla base di un principio di separatezza tra autorità giudiziaria ed amministrazione, e anzi esecutivo, che è generalmente riconosciuto e a tutti noto: principio in forza del quale è apparso politicamente inopportuno, se non addirittura impossibile, attribuire a quelle autorità giudiziarie, un potere così incisivo di ingerenza delle funzioni istituzionali di questa amministrazione, di questo esecutivo, come quello di annullamento dei loro provvedimenti. Ora, non pare che la condanna dell'amministrazione a tenere un comportamento specifico, eventualmente a restituire un bene appreso nell'esercizio della sua attività, rispetto a quelle funzioni costituisca una forma di ingerenza meno incisiva di tale annullamento. Le conseguenze di questo rilievo sono ovvie: è per le stesse ragioni per le quali chiaramente il legislatore ha disposto esplicitamente che il giudice civile non può annullare il provvedimento dell'amministrazione, che si può ragionevolmente ritenere che a quel giudice sia parimenti preclusa la condanna di questa ad un comportamento specifico. Ed è parimenti evidente di quanto la sequenza logica qui proposta diverga da quella che si critica: non la derivazione del principio inespresso della non condannabilità dell'amministrazione ad un comportamento specifico, dal principio espresso della non annullabilità dei suoi provvedi-

menti; ma la deduzione di tale principio inespresso, in parallelo con tale principio espresso, da un medesimo fondamento sottinteso, che poi è quello sul quale si basa, per questa parte, la legge abolitrice del contenzioso amministrativo: la separatezza tra autorità giudiziarie ed amministrazione, tra autorità giudiziarie ed esecutivo; il principio espresso della non annullabilità del provvedimento amministrativo, dunque, non come fonte, ma al massimo come sintomo rivelatore del principio inespresso della non condannabilità dell'amministrazione ad un comportamento specifico. Le implicazioni della diversa sequenza logica che si propone sono chiare, e paiono rilevanti, specialmente dal punto di vista dell'esigenza ora considerata, di difesa dei ragionamenti prima svolti: i due principi, poiché l'uno non deriva dall'altro, possono anche avere campi di applicazione del tutto indipendenti. Anzitutto, il divieto di annullamento del provvedimento ha una sua ragion d'essere, anche quando mancano comportamenti di fatto dell'amministrazione, quando, perciò, non c'è spazio per una sua condanna a qualcosa di diverso dal mero pagamento di una somma di denaro. Ma anche, e soprattutto, il divieto di una siffatta condanna dell'amministrazione, vale anche quando un suo provvedimento manchi, rendendo così inutile l'artificio di ritenerne comunque la sussistenza; conseguentemente, tale divieto opererebbe anche se un simile provvedimento in realtà esistesse, ma venisse disapplicato: si può togliere, così, alla giurisprudenza, la preoccupazione di non poter altrimenti evitare la condanna dell'amministrazione ad un comportamento specifico, che è alla base del suo rifiuto di ammettere la disapplicabilità del provvedimento; disapplicabilità che, per altro verso, si è cercato di far vedere quanto differisca dall'annullamento di questo, esplicitamente vietato.

Questo, dunque, un ragionamento che sembrerebbe preferibile, se la preclusione alla condanna dell'amministrazione ad un comportamento specifico la si volesse comunque fondare all'interno della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Ma davvero è questa la soluzione più appagante? C'è qualche motivo per dubitarne: anche qui, proprio dal punto di vista della soddisfazione di quelle esigenze che la giurisprudenza più vivamente avverte.

Fin qui, si è considerato che il comportamento dell'amministrazione lesivo del diritto soggettivo individuale, sia o meno connesso con l'emissione di un formale provvedimento amministrativo, abbia comunque una connotazione di carattere pubblicistico. Ma

non solo questo è l'ambito entro il quale quelle esigenze possono essere avvertite.

Anzitutto, si faccia l'ipotesi nella quale l'amministrazione utilizzi un'area di cui abbia acquistato la proprietà in forza di un negozio privatistico. Si può immaginare un testamento o una donazione. Certo, nel caso meno raro si tratterà di una compravendita. Si ipotizzi anche che tale negozio si riveli essere nullo, o comunque venga annullato dal giudice civile, secondo le norme privatistiche. Potrà in questo caso il giudice civile che accerta la nullità di tale negozio, o che ne pronuncia l'annullamento, accogliere anche la domanda normalmente connessa dell'attore alla restituzione dell'area, di quell'area che l'amministrazione nel frattempo utilizza, sulla quale, magari, avrà costruito un'opera pubblica? Se ne dubita. E se ne dubita per le stesse ragioni per le quali prima si era ammesso che il giudice civile non potesse condannare l'amministrazione a restituire un bene del quale si era impossessata in base ad un provvedimento amministrativo illecito, o di un provvedimento amministrativo che non aveva formalmente emanato: perché, anche se adesso la vicenda si svolge tutta su un terreno privatistico, sussiste pur sempre l'esigenza che il giudice civile non interferisca con l'azione che l'amministrazione svolge, nel perseguimento delle sue funzioni istituzionali.

E, ancora, ed analogamente: si ricordi il caso deciso qualche anno fa, nel quale il comportamento dell'amministrazione lesivo del diritto soggettivo individuale, almeno dal punto di vista del titolare di questo, era di puro fatto, e in violazione di norme civilistiche: l'edificazione di un'opera pubblica (nella specie, si trattava di un ospedale), su un'area la cui (lecita) appartenenza all'amministrazione non era in discussione, ma in violazione delle norme privatistiche sulle distanze tra le costruzioni. Si può ammettere che il giudice possa arrivare a far demolire tale opera, almeno per quanto sia richiesto per il ristabilimento delle distanze legali? Anche qui, la risposta negativa sembrerebbe anche ad intuito più persuasiva, e per le medesime esigenze di evitare ostacoli al perseguimento da parte dell'amministrazione delle sue funzioni istituzionali; nel medesimo senso, del resto, si è orientato il tribunale amministrativo regionale territorialmente competente, come giudice amministrativo dell'ottemperanza da parte dell'amministrazione al giudicato civile.

Però, in questi casi quelle limitazioni che pure pare ragionevole imporre ai poteri del giudice civile, non possono essere dedotte

all'interno del sistema di tutela giurisdizionale delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Perché questa considera anzitutto l'ipotesi nella quale sia stato emanato un provvedimento amministrativo; e considera, comunque, anche quando un provvedimento del genere manchi, comportamenti che l'amministrazione abbia tenuto, i quali siano in ogni caso marcati da una connotazione pubblicistica. Del resto, non risulta che fossero le esigenze di tutela giurisdizionale del soggetto individuale nell'ambito di rapporti privatistici, quelle che erano alla base della legislazione del 1865.

Con questo rilievo, non si vuole negare che i limiti che pare ragionevole che comunque i poteri del giudice civile incontrino, anche in vicende che si svolgano sul piano privatistico, risultino privi di fondamento. Tutt'altro. Perché non è affatto impossibile trovare tale fondamento nella disciplina del diritto e del processo civile. Solo, delle due l'una. O il fondamento degli analoghi limiti nelle vicende pubblicistiche lo si vorrebbe seguire a rintracciare all'interno della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: e sarebbe soluzione possibile, ma che presenterebbe almeno un profilo insoddisfacente, come tutte le soluzioni che duplicano spiegazione di fenomeni paralleli, che viceversa si vorrebbe formulare come unitarie. O il fondamento di limiti sostanzialmente analoghi, viene visto come identico; ma allora esso non può essere rintracciato all'interno della legge del 1865.

Per trovare, poi, quale possa essere questo diverso fondamento, sperabilmente da potersi considerare unitario, o quanto meno sicuramente appropriato per giustificare i limiti dei poteri decisori del giudice civile nei confronti dell'amministrazione, anche quando il suo atto sia un negozio di diritto privato, anche quando la vicenda comunque si svolga sul piano privatistico, non resta che seguire indicazioni già autorevolmente date in dottrina: la disciplina privatistica, ma a questo punto si preferirebbe dire di diritto comune, dei poteri decisori del giudice civile, nell'ipotesi nella quale il creditore chieda la reintegrazione in forma specifica del proprio diritto leso; disciplina che si concreta, in particolare, nell'art. 2933 cod. civ., che preclude a tale giudice di ordinare la distruzione della cosa, che sia di pregiudizio all'economia nazionale, prevedendo che in tale caso l'avente diritto possa conseguire solo il risarcimento dei danni; e, soprattutto, l'art. 2058 del medesimo codice del resto dettato in materia di responsabilità extra-contrattuale, che stabilisce che quel medesimo giudice disponga che il risarcimento avvenga solo per

equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per il debitore.

È sulla base di tali norme che il giudice civile potrebbe non condannare l'amministrazione a tenere un certo comportamento: in tutti i casi, sia di vicende di carattere pubblicistico come di quelle di carattere privatistico, nei quali si manifesta l'esigenza di salvaguardare l'autonomia dell'amministrazione nelle scelte di comportamento che più direttamente incidano nel suo esercizio delle sue funzioni istituzionali; giacché, lo si è già rilevato: in ambedue i casi non è che tale esigenza possa venire avvertita in modi e in misure sostanzialmente diverse: l'interesse pubblico, inteso come interesse di tale amministrazione, a non distruggere l'opera pubblica, a non restituire al proprietario l'area sulla quale essa insiste, si rivela con la stessa intensità indipendentemente dal carattere pubblico o privato dell'atto, poi manifestatosi invalido, in forza del quale quell'area stessa era stata acquisita.

Quali siano i profili sotto i quali questa ricostruzione sembra meno soddisfacente, è evidente: da un lato, la costanza con la quale il comportamento specifico che l'amministrazione dovrebbe tenere, con diretta incidenza sulla sua attività istituzionale, dovrebbe essere considerato come per essa eccessivamente oneroso; il che è per lo meno discutibile: si faccia l'ipotesi limite di un capannone da quattro soldi costruito su un'area invalidamente acquisita, non importa se in base ad un provvedimento amministrativo od un negozio privatistico, i cui costi di rimozione siano inferiori al risarcimento del danno che l'amministrazione dovrebbe corrispondere al proprietario di tale area, ove non gliela restituisse. Ma, dall'altro, la difficoltà di considerare attribuito al giudice civile il potere di valutare se l'eccessiva onerosità per l'amministrazione, del comportamento specifico che altrimenti dovrebbe tenere, e che essa affermi essere sussistente, in realtà lo sia: perché una valutazione del genere, non concerne la convenienza per un qualsiasi soggetto di diritto comune, ma per soggetti, come le pubbliche amministrazioni, i cui interessi sono pubblici, e alle quali, perciò, sembrano essere riservati i relativi apprezzamenti; si può ammettere che il giudice civile, nell'esempio accennato, possa arrivare a valutare che cosa possa importare per l'amministrazione poter disporre di quel capannone lì e subito? Possa arrivare a negare, contro l'affermazione dell'amministrazione, che la sua demolizione, la restituzione del proprietario dell'area sulla quale insiste, in realtà non sia per l'amministrazione

così onerosa come questa pretende? Anche qui, pare ragionevole il dubbio.

Insomma, quale che sia la strada che si vuole imboccare, per arrivare a dare una spiegazione, unitaria o meno, del perché il giudice civile non possa condannare l'amministrazione a tenere un comportamento specifico direttamente incidente sulla sua attività istituzionale, in vicende a carattere pubblicistico come in quelle a carattere privatistico, tutte, più o meno, si rivelano essere ben poco agevoli. E allora, in questa rassegna di possibili ipotesi, se ne può arrivare a formulare un'altra, assolutamente radicale: se è così difficile trovare un fondamento di questa limitazione dei poteri del giudice civile, non potrebbe darsi che questa in realtà non esista? Non potrebbe darsi, cioè, come del resto è già stato autorevolmente sostenuto in dottrina, che al giudice civile nulla del genere fosse precluso, che il giudice civile potesse benissimo condannare l'amministrazione a tenere un comportamento specifico comunque incidente con la sua attività istituzionale, in vicende a carattere privatistico, e perfino in vicende a carattere pubblicistico? Per esempio, a restituire l'area espropriata illecitamente, o comunque acquistata invalidamente, anche se su di essa fosse stata costruita un'opera pubblica, magari di ingentissimo valore, e di grandissima utilità pratica?

Insomma, in questa prospettiva, i poteri decisori del giudice civile nei confronti della pubblica amministrazione, a parte la preclusione all'annullamento formale del provvedimento amministrativo, si rivelerebbero essere illimitati; o, meglio, essi, a parte tale preclusione, troverebbero la medesima disciplina dei poteri che lo stesso giudice ha nei confronti di qualsiasi parte privata. Sarebbe la ricostruzione di tali poteri che più coerentemente porterebbe alle estreme conseguenze il principio ispiratore di fondo dell'intera legge abolitrice del contenzioso amministrativo: la sottoposizione al medesimo giudice delle controversie tra soggetti privati, delle controversie tra pubbliche amministrazioni e questi soggetti privati « ... ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa ».

Significherebbe questa estensione dei poteri decisori del giudice civile, nel processo di cognizione, nei confronti dell'amministrazione, che esso possa arrivare a costringerla a tenere un comportamento specifico direttamente incidente sulla sua attività? Evidentemente, assolutamente no. Vi sono degli aspetti della disciplina

giuridica di certe materie, e forse più ancora di quella che risulta dalla giurisprudenza, che di quella che sia esplicitamente disposta dal legislatore, che sono così radicati nella realtà effettuale del nostro ordinamento, se non addirittura della nostra società, che appare del tutto vano voler modificare solo in forza di argomentazioni logiche. E uno degli aspetti della disciplina giuridica dei poteri del giudice civile nei confronti dell'amministrazione, che appare per il momento così intangibile, è proprio l'impossibilità per il giudice civile di costringerla a tenere un comportamento di quel genere. Certo, al teorico non può essere negata la possibilità di criticare tutto quel che di dover criticare gli paia. Ma le sue speranze di ottenere risultati concreti, se non a lunga scadenza, in tal caso sono scarsissime. Egli, se vuole fare opera che possa risultare di una qualche utilità nel breve periodo, deve limitarsi solo a sistematizzare, a teorizzare appunto, quel che per il momento non può modificare.

Perciò, si devono indicare subito i limiti della eventuale possibilità che il giudice civile, al termine del processo di cognizione, condanni l'amministrazione a quel comportamento che sia richiesto dalle esigenze di reintegrazione in forma specifica del diritto del quale il titolare gli aveva chiesto tutela giurisdizionale: anche se si ammettesse questa possibilità, comunque tale comportamento incidesse sulla attività istituzionale dell'amministrazione stessa, in ogni caso si dovrebbe riconoscere che egli non potrebbe, poi, costringerla a tenerlo effettivamente. Una preclusione in questo senso, se non si vuole fare opera solo accademica, comunque deve essere delineata; di una preclusione in questo senso perciò, un fondamento deve comunque essere trovato. E questo recupero di un divieto di coazione nei confronti dell'amministrazione, pare ancora possibile, perché, pur dopo la conclusione del processo civile di cognizione, residua pur sempre un momento nel quale esso è ancora praticabile: il processo civile di esecuzione. Non che il giudice civile non possa condannare l'amministrazione, poniamo, a restituire un'area illecitamente appresa, che poi abbia utilizzato per i suoi fini istituzionali; solo, tale giudice non può costringerla a restituire effettivamente tale area, in sede di esecuzione forzata della sentenza che aveva messo. È rispetto al precluso processo civile di esecuzione, che l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato dell'autorità giudiziaria, e ancor più, successivamente, il controllo da parte del giudice amministrativo come giudice dell'ottemperanza in sede di giurisdizione di merito, della fondatezza delle ragioni di interesse

pubblico che tale amministrazione abbia addotto per non ottemperare, sono alternativi. Questa alternatività, del resto, è sempre stata pacificamente ritenuta. Ed essa è anche qui accettata. Però con due precisazioni. Che essa vale solo rispetto al processo civile di esecuzione, e non anche rispetto alla condanna dell'amministrazione a tenere un comportamento specifico, a conclusione del processo di cognizione. E che questa condanna sia considerata la conclusione normale di questo processo: proprio perché altrimenti non si prenderebbe l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla sentenza del giudice civile. Perché pare debole la supposizione che tale obbligo sussista nei confronti di una sentenza che abbia per contenuto il mero accertamento della illiceità del provvedimento, della lesione del diritto soggettivo. E sembra ben più convincente che in tanto l'amministrazione abbia l'obbligo di conformarsi ad una sentenza, in quanto questa le imponga di tenere un qualche comportamento che è richiesto dalla esigenza di reintegrazione del diritto soggettivo riconosciuto (illecitamente, invalidamente) leso: il che è proprio solo delle sentenze di condanna.

Che le esigenze pratiche di non ingerenza nell'attività che l'amministrazione compie per il raggiungimento dei propri fini istituzionali, che così acutamente avverte la giurisprudenza che nega che il giudice civile possa condannare l'amministrazione ad un comportamento specifico direttamente incidente su quella attività, possano per questa via essere completamente salvaguardate, pare evidente. Con la preclusione della esperibilità del processo civile di esecuzione, l'ottemperanza dell'amministrazione alle sentenze che pronuncino condanne del genere è condizionata, in pratica, al suo consenso. Da un lato, è così garantita all'amministrazione l'autonomia nelle scelte dei comportamenti da tenere nell'attività in funzione del raggiungimento dei suoi fini istituzionali; e, in ogni caso, è così assicurato che essa non sarà costretta a tenere comportamenti che rispetto a quei fini si rivelino essere, a suo giudizio, troppo onerosi. Dall'altro, tali scelte non saranno, non dovrebbero essere comunque arbitrarie, perché risulteranno condizionate alla sussistenza di esigenze di perseguimento di fini pubblici; e la riserva alla amministrazione di ogni apprezzamento di tali fini, e del pregiudizio che dall'ottemperanza al giudicato civile deriverebbe per essi, non sarebbe in ogni caso esclusiva, perché al riguardo l'interessato potrebbe esperire il ricorso al giudice amministrativo, che in materia di ottemperanza al giudi-

cato dispone dei poteri di cognizione, oltre che di decisione, che gli sono attribuiti in sede di giurisdizione di merito.

Che la tutela di quelle esigenze pratiche che comunque devono essere soddisfatte, possa essere assicurata anche con quest'ultima linea di difesa di esse, attestata nella fase esecutiva, sembra che lo si possa abbastanza agevolmente giustificare. Si potrebbe benissimo ipotizzare un ordinamento, nel quale l'amministrazione abbia una posizione così soggetta alle regole di diritto comune, che essa possa perseguire i suoi fini istituzionali solo con i mezzi monetari, o comunque materiali, che le residuano, dopo che abbia scrupolosamente adempiuto a tutte le sue obbligazioni verso i terzi, pecuniarie o di altro contenuto. Si potrebbe ipotizzarlo, un simile ordinamento, magari apprezzando questi suoi aspetti così garantistici dei diritti soggettivi individuali. Ma solo ipotizzarlo: perché di sicuro non sarebbe il nostro. Nel quale, viceversa, semmai vige il principio esattamente opposto: che l'amministrazione può essere costretta ad adempiere alle sue obbligazioni verso i terzi, pecuniarie o aventi altro contenuto, solo con i mezzi monetari e in genere materiali, che non utilizza per lo svolgimento delle sue funzioni. È questa la conseguenza che pare doversi desumere senza ombra di dubbio, dalla giurisprudenza relativa alla individuazione dei beni dell'amministrazione che non possono essere oggetto di pignoramento e di vendita forzata, nel processo civile in esecuzione: non solo i beni demaniali, i beni che per il diritto comune sono *extra commercium*; ma anche i beni del patrimonio indisponibile, i beni che di per sé potrebbero benissimo essere oggetto di diritti privatistici dei loro acquirenti, ma che hanno una utilizzazione di interesse pubblico dalla quale non possono essere stornati. Ed è evidente che quel che vale per l'esecuzione forzata di obbligazioni generiche come quelle pecuniarie, a ben maggior ragione vale anche per l'esecuzione forzata di obbligazioni più specifiche, come l'esecuzione per consegna o rilascio, l'esecuzione forzata di obblighi di fare o non fare, e così via.

Quest'ultima osservazione fa intravedere in quale ampia misura la ricostruzione che si propone dei limiti dei poteri del giudice civile nei confronti dell'amministrazione, possa essere unitaria per problemi ai quali comunemente si danno soluzioni diverse, e perciò parziali.

Prima, si era visto quali difficoltà incontrasse il tentativo di individuare un unico fondamento per quelle limitazioni dei poteri

del giudice civile che in ogni caso si intuiscono come ragionevoli, nelle vicende nelle quali intervenga un provvedimento amministrativo, e comunque abbiano una caratterizzazione pubblicistica, da un lato, e in quelle nelle quali intervenga un negozio di diritto privato, e comunque abbiano una caratterizzazione privatistica, dall'altro: almeno, se quelle limitazioni vengono attribuiti ai poteri decisorio che ha il giudice civile, a conclusione del processo di cognizione. Ma quel fondamento unitario sembrerebbe più facilmente delineabile, se l'impossibilità per il giudice civile di costringere l'amministrazione a tenere un comportamento specifico direttamente incidente sull'attività in funzione dei suoi fini istituzionali, venisse recuperata nella fase, e solo nella fase, del processo civile di esecuzione.

E la ricostruzione in questi termini degli unici limiti dei poteri del giudice civile, si presenterebbe unitaria anche sotto un altro punto di vista: nel senso che unificherebbe limiti di tali poteri che la giurisprudenza tiene distinti, perché li distribuisce in processi addirittura di tipo diverso: perché attribuisce gli uni ai poteri decisorio a conclusione del processo di cognizione, come la preclusione alla condanna dell'amministrazione a qualcosa di diverso dal mero pagamento di una somma di denaro; e gli altri ai poteri inerenti al processo civile di esecuzione, come la preclusione al pignoramento e alla vendita forzata non solo dei beni demaniali, ma anche di quelli del patrimonio indisponibile, in quanto destinati ad una utilizzazione di interesse pubblico.

Con l'arretramento anche di quei limiti che comunemente vengono connessi con i poteri decisorio nel processo civile di cognizione, alla fase del processo civile di esecuzione, sembra possibile profilare una ricostruzione unitaria di questo: in ogni caso, il giudice civile, in tale processo non potrebbe distogliere dalla loro destinazione i beni che l'amministrazione utilizza nel perseguimento dei propri fini istituzionali. E ciò, sia che questa sottrazione all'uso di pubblico interesse sia richiesta in vista della vendita forzata di tali beni, per ricavarne il numerario richiesto per la soddisfazione di una obbligazione pecuniaria, sia che essa sia più direttamente imposta per l'adempimento di un'obbligazione di consegna, di rilascio di quei beni stessi, di fare, di non fare, e così via. E questa ricostruzione unitaria pare possibile, se non addirittura necessaria, perché i limiti dei poteri del giudice civile che altrimenti vengono diversamente di-

stribuiti in distinti tipi di processo, paiono comunque rispondenti ad analoghe *rationes*. Perché le ragioni per le quali la giurisprudenza nega che l'amministrazione possa essere condannata a restituire una area illecitamente appresa, sulla quale magari ha costruito un'opera pubblica, sono più o meno le stesse per le quali la medesima giurisprudenza nega che quell'area, ed eventualmente la costruzione che vi insiste, possano essere pignorati in vista del loro assoggettamento a vendita forzata. Perché le ragioni per le quali il giudice amministrativo, nel caso prima ricordato, in sede di giudizio di ottemperanza al giudicato civile, ha negato di poter disporre la (parziale) demolizione di quell'ospedale edificato in violazione delle norme civilistiche sulle distanze, sono su per giù le stesse per le quali quel medesimo ospedale non potrebbe venire venduto al pubblico incanto per l'adempimento di un debito che la locale unità sanitaria avesse assunto.

Non solo: ma in questa prospettiva parrebbe possibile una ricostruzione ugualmente unitaria anche della fase dell'ottemperanza al giudicato civile, che prima si era visto essere alternativa al processo civile di esecuzione: dell'ottemperanza alle sentenze diverse da quelle di condanna al pagamento di una somma di denaro, non importa se di mero accertamento della illiceità del provvedimento amministrativo nei confronti del diritto soggettivo che lede, come è comunemente affermato, o di condanna a quel diverso contenuto che è richiesto dalle esigenze di reintegrazione in forma specifica di quel diritto soggettivo stesso, come qui si preferirebbe: sentenze per le quali tale alternativa, esclusiva del processo civile di esecuzione, è sempre stata ritenuta pacificamente come esplicitamente disposta dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e dall'attuale art. 27, n. 4 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato; come dell'ottemperanza a quelle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro, per le quali tale alternativa, stavolta rispetto al processo civile di esecuzione solo concorrente, è stata sostenuta dal giudice amministrativo da non moltissimi anni. Certo, in queste due ipotesi l'oggetto delle valutazioni che dovrà compiere anzitutto l'amministrazione sarà diverso. Se essa è stata condannata a tenere un comportamento specifico, dovrà anzitutto valutare se per il pubblico interesse che deve istituzionalmente perseguire, tale comportamento si riveli più o meno oneroso del risarcimento in forma monetaria del danno che altrimenti

arrecherebbe al titolare del diritto soggettivo leso, che perciò dovrebbe corrispondergli; e, se essa optasse per la soluzione del comportamento specifico, dovrebbe inoltre individuare quale debba essere la sua condotta che, se pur da un lato sostanzialmente ripristinatoria di quel diritto soggettivo, dall'altro si rivelasse la meno onerosa possibile per quell'interesse pubblico. E se essa è stata condannata, viceversa, al pagamento di una somma di denaro, dovrà valutare quali siano i modi di apprestamento dei mezzi monetari occorrenti per tale pagamento, che meno intralciassero il finanziamento della sua attività istituzionale. Ma pur nella diversità degli oggetti delle valutazioni che nell'uno o nell'altro caso l'amministrazione dovrebbe compiere, i caratteri di essa si presenterebbero per l'essenziale unitari: perché in ogni caso l'amministrazione dovrà individuare quale sia la condotta che è più opportuno tenere nell'ottemperanza del giudicato civile: una condotta che, da un lato, sia rispettosa della sostanza di questo, della tutela che esso ha accordato al diritto soggettivo dell'attore; ma che dall'altro, si riveli la meno onerosa possibile per gli interessi pubblici che deve istituzionalmente perseguire. E, è appena il caso di sottolinearlo, sotto questi profili ugualmente unitari si manifesterebbe il controllo giurisdizionale che il giudice amministrativo dell'ottemperanza eserciterebbe nel merito delle scelte dell'amministrazione.

Quale che sia la ricostruzione che si ritenga meno insoddisfacente, unitaria o differenziata, in fase di processo di cognizione oppure in fase di processo di esecuzione, dei limiti dei poteri del giudice civile di costringere l'amministrazione a tenere un comportamento specifico, parrebbe persuasivo che comunque essi nulla abbiano a che fare con la (pretesa) non disapplicabilità del provvedimento amministrativo: perché sono moltissime le giustificazioni di tali limiti che si possono profilare, per le quali essi non derivano da tale non disapplicabilità. E in questa sede, come si era preannunciato, non importa approfondire ulteriormente quale tra quelle ricostruzioni sia la preferibile, o anche considerare se sia possibile ipotizzarne altre: perché la negazione della connessione tra i temi indicati, è risultato qui già appagante: perché qui è sufficiente poter arrivare alla conclusione che in ogni caso dal punto di vista delle possibili giustificazioni di tali limiti non è affatto indispensabile rimettere in discussione l'assunto che si è cercato di sostenere relativamente all'ambito entro il quale il giudice civile può disapplicare

il provvedimento amministrativo: non è affatto indispensabile sotto tale profilo rimettere in discussione che questo giudice possa disapplicare questo provvedimento, anche nell'ipotesi nella quale esso sia lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela giurisdizionale.