

vata in proposito una autorevolissima voce contraria⁽²³⁹⁾; e, ad ogni modo, che la questione di costituzionalità sia una questione pregiudiziale in senso tecnico, costituisce la tesi centrale di una interessantissima monografia di recente pubblicata⁽²⁴⁰⁾.

Ma accanto a questa più nota ipotesi, è da porsi altro e meno conosciuto caso: l'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, dispone testualmente che la Corte di Giustizia è competente a conoscere «... in via pregiudiziale...» dell'interpretazione del Trattato stesso, e a risolvere così questioni al riguardo, le quali siano sorte nel corso di un giudizio pendente davanti un organo giurisdizionale di uno degli Stati facenti parte della Comunità.

Le norme del Trattato costituiscono, come si sa, parte integrante degli ordinamenti giuridici interni dei singoli Stati contraenti⁽²⁴¹⁾; per tale ragione, l'art. 177 sopra citato prevede una ipotesi la quale, crediamo, costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento; un'ipotesi, cioè, in cui il giudice si trova vincolato ad una interpretazione della norma da applicare, la quale è dettata da un diverso organo giurisdizionale; e le particolarità del caso aumentano ancora, ove si pensi che tale organo giurisdizionale non è nazionale, almeno secondo il senso in cui questo termine è usualmente inteso⁽²⁴²⁾.

⁽²³⁹⁾ ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, Riv. dir. pubbl., 1950, I, pag. 35.

⁽²⁴⁰⁾ CAPPELLETTI, *La pregiudizialità, etc.*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 4 ss.; nello stesso senso, v. anche: ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli 1957, pag. 28.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, Milano 1957, pag. 60 ss.

⁽²⁴²⁾ Nell'ipotesi di cui nel testo, LIEBMAN nega che sia da ravvisarsi un caso di questione pregiudiziale, pur ammettendo che il processo davanti al giudice nazionale si deve necessariamente sospendere, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia (*Sulla sospensione propria, etc.*, cit., pag. 162). In argomento, v.: MORELLI, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee come giudice interno*, in Riv. dir. int., 1958, pag. 1 ss.; DAIG, *Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft*, in Arch. öff. Rechts, 83^a Band (1958), pag. 194 ss.

PARTE SECONDA

LA PREGIUDIZIALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE PRIMA

L'oggetto degli accertamenti pregiudiziali.

19. In questa parte del presente lavoro si esaminerà specificamente il fenomeno della pregiudizialità, non più su un piano generale, ma nel suo concreto atteggiarsi nel processo amministrativo. Gioverà indicare subito quella che sarà la linea di svolgimento della trattazione, dando brevemente conto dello schema seguito.

Studiando su un piano generale i caratteri della pregiudiziale, si è venuta precedentemente delineando quella notevole ricchezza di aspetti e delicatezza di problematica che il tema offre; ora, sembra che una analisi di esso, sia pure in relazione alla disciplina positiva di un dato processo, non possa non tener conto dell'intera molteplicità di profili che si è andata disegnando.

Infatti, una limitazione del campo dell'indagine nel senso indicato non può significare che lo studioso debba prendere in considerazione solo qualche profilo sporadico dell'istituto, prescindendo da ogni sua valutazione d'insieme; al contrario, tale limitazione comporta solo che la pregiudizialità sia analizzata nel suo particolare atteggiarsi nel singolo tipo di processo preso in esame, ma essa deve sempre essere valutata in tutta la ricchezza della sua problematica.

Risulta, allora, chiaro, sulla base di questi rilievi, quali sono i profili del tema da approfondire maggiormente, rispetto al-

l'attuale stato della dottrina amministrativistica, alla cui insufficienza si è già accennato ⁽¹⁾.

Questa dottrina ha preso in considerazione il fenomeno della pregiudizialità, limitandosi ad individuare alcune categorie di questioni pregiudiziali, le quali, tutte, presentano questo elemento caratteristico: che appartengono alla giurisdizione di un giudice diverso da quello amministrativo, o, quanto meno, vi apparrebbero, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio. In tal modo, però, il fenomeno della pregiudizialità viene ridotto ad un complesso di ipotesi di interferenza tra giurisdizioni diverse, perdendo quella ricchezza di problematica che si è ricordata. In particolare, vengono lasciati in ombra i caratteri della pregiudizialità, intesa come un elemento della massima importanza nello svolgimento del processo, elemento da considerare, anzitutto, nell'ambito del processo considerato; se si tralasciano questi aspetti del tema, non è neppure possibile cogliere il carattere essenziale della pregiudizialità stessa, ossia la sua contrapposizione all'oggetto del giudizio.

L'angusta limitazione accennata del campo di indagine non costituisce un dato solo della dottrina amministrativistica; una forte tendenza in questo senso è da registrarsi anche nella dottrina del processo penale ⁽²⁾, e ciò, probabilmente, ha la sua propria ragion d'essere: anzitutto, la fase del primo approfondimento dell'argomento della pregiudiziale non può non basarsi in massima parte su quelle ipotesi di questioni pregiudiziali, le quali, appartengono alla giurisdizione di un giudice diverso da quello competente per il processo considerato, o, quanto meno, vi apparrebbero, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio; e ciò perchè sono appunto tali ipotesi, le quali, di solito, trovano una esplicita regolamentazione legislativa. Ora ciò spiega come, per quel che riguarda i tipi di processo la cui

⁽¹⁾ Cfr., *supra*, pag. 1 ss.

⁽²⁾ Vedi, soprattutto, le esatte considerazioni di FOSCHINI, *La pregiudizialità*, etc., cit., pag. 12 ss.

elaborazione dottrinale è ancora, in gran parte, da fare, o, quantomeno, è sempre lontana dal grado raggiunto dalla elaborazione del processo civile, la pregiudiziale sia prevalentemente considerata sotto il profilo della interferenza di giurisdizioni.

Ma accanto a questa ragione del fenomeno indicato, se ne può, forse, aggiungere un'altra: in tipi di processo, come il penale e l'amministrativo, il cui campo di applicazione è, in varia misura, relativamente più ristretto di quello del processo civile, è ovvio che il maggior numero di questioni pregiudiziali che si presentano appartiene, almeno se considerate come oggetto del giudizio, alla giurisdizione di un giudice diverso; appunto, di solito, al giudice civile; ecco dunque che vi è un motivo di ordine pratico, il quale, unitamente alla suggestione di una casistica incomparabilmente più abbondante, spinge lo studioso di tali tipi di processo ad analizzare la pregiudiziale sotto il profilo della interferenza di giurisdizioni.

L'esattezza di questo rilievo spiega perchè, nella seconda parte del presente lavoro, si cercherà di mettere in risalto tale profilo del tema, che, nella prima parte, si è lasciato assai in ombra; ed anzi, ad esso sarà dedicata una intera sezione.

Ma tale maggiore rilevanza di un profilo dell'argomento studiato non può comportare una minore rilevanza di quello che rimane sempre il nucleo centrale della problematica dell'argomento stesso; tra l'altro, solo attraverso l'analisi di questo, potrà chiarirsi il principale quesito che si pone nei confronti della pregiudiziale; e cioè, che cosa si deve intendere per « pregiudiziale », in un determinato tipo di processo. È appena il caso di accennare come solo dopo aver dato la risposta a tale quesito si possa affrontare il problema della ricostruzione della disciplina delle singole ipotesi di questioni pregiudiziali, pure di quelle che possono anche essere esaminate sotto il profilo della interferenza di giurisdizioni: tanto che non è forse azzardato dire che questa disciplina, nelle sue linee principali, non è altro che meramente consequenziale ai caratteri che si devono attribuire

all'istituto, valutato nel suo atteggiarsi nell'interno di un singolo tipo di processo.

Tra tali caratteri, quello che si deve qualificare come essenziale è dato dalla contrapposizione della pregiudiziale all'oggetto del giudizio; gioverà soffermarci brevemente sulle ragioni di questa qualifica.

Essa consegue alla circostanza che non pare possibile individuare una manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, là dove gli accertamenti del giudice, mediante i quali vengono risolte le questioni c.d. pregiudiziali, non siano disciplinati in modo differenziato rispetto alla decisione della questione che forma l'oggetto del giudizio; e questa differenziazione deve riguardare soprattutto i due profili della competenza e della cosa giudicata. Infatti, se questa differenziazione non sussistesse, se, cioè, anche gli accertamenti del primo gruppo passassero in giudicato, e il giudice competente a compierli non fosse, come principio generale, quello stesso della questione c.d. principale, tanto varrebbe dire che è impossibile delineare una nozione di oggetto del giudizio in senso tecnico avente un contenuto più ristretto, rispetto all'oggetto della cognizione generica da parte del giudice; si dovrebbe in tal modo cancellare ogni distinzione tra oggetto degli accertamenti pregiudiziali e oggetto del giudizio. Questa è la ragione per cui non è pensabile il fenomeno della pregiudiziale se non in contrapposizione all'oggetto del giudizio.

E questo rilievo assume maggiore portata, ove si consideri che tale contrapposizione non costituisce affatto un dato essenziale del processo, almeno da un punto di vista teorico. Si può infatti immaginare benissimo che, in un dato processo, ogni accertamento compiuto dal giudice passi in giudicato, e che la competenza a conoscere delle singole questioni (che non potrebbero più essere considerate come meramente pregiudiziali) sia determinata in modo autonomo, e non in relazione alla questione c.d. principale; si potrebbe, in altre parole, immaginare che in un dato processo ogni contestazione tra le parti, oppure ogni

questione sollevata d'ufficio, desse luogo, automaticamente, ad un autonomo giudizio, con proprio oggetto. Solo ragioni di ordine pratico ⁽³⁾ consigliano il legislatore a dare al processo una regolamentazione diversa da quella adesso prospettata.

All'inizio, perciò, di ogni analisi dell'atteggiarsi del fenomeno della pregiudizialità in un dato processo, si pone anzitutto il problema della esistenza, nella disciplina del singolo processo considerato, della contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio; ossia, della possibilità di ravvisare, in tale processo, un ambito di manifestazione della pregiudizialità stessa; i limiti di tale ambito possono essere tratteggiati solo dopo aver risolto questo problema logicamente preliminare.

Per quel che riguarda i vari processi regolati nel nostro ordinamento, non parrebbe azzardato rilevare come la questione possa essere ritenuta risolta in modo affermativo, una volta per tutte, dall'art. 34 cod. proc. civ., sul cui disposto si è condotto il ragionamento nella prima parte del presente lavoro, dedicata alla pregiudiziale in generale. Tale norma, infatti, pare essere una di quelle che codificano un principio avente una portata ben più ampia di quella loro attribuibile sulla sola base della *sedes materiae*. In ogni caso, appare certo che l'art. 34 contiene una disciplina, che si trova ripetuta, o quanto meno presupposta, in altre norme che riguardano tipi di processo diversi da quello civile.

Con ciò, non si vuole dire che l'art. 34 debba avere vigore indiscriminatamente in ogni tipo di processo previsto nel nostro ordinamento; solo, pare che il principio in esso contenuto debba valere in via generale, e che la eventuale diversa disciplina relativamente ad un tipo di processo abbia carattere eccezionale.

Ad ogni modo, la questione del valore dell'art. 34 cod. proc. civ., peraltro assai importante, può essere qui tralasciata, per-

⁽³⁾ Cfr. le considerazioni di MENESTRINA, sulla opportunità di limitare la efficacia di cosa giudicata alla sola decisione della questione c.d. principale (*La pregiudiziale*, cit., pag. 116; sul punto, cfr., *supra*, pag. 165, 166.

chè, nel processo amministrativo, l'unica norma espressa che riguarda il fenomeno della pregiudizialità detta una disciplina, la quale chiaramente presuppone la contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio, con i caratteri ad essa precedentemente attribuiti.

Si tratta, come è noto, dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, la cui parte principale attribuisce al giudice amministrativo la competenza a conoscere, salvo alcune eccezioni, di tutte le questioni pregiudiziali le quali, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadrebbero nella competenza del giudice civile, senza che, peraltro, la relativa decisione possa acquistare forza di giudicato.

In un momento successivo, la disciplina contenuta in questo articolo sarà sottoposta a dettagliata analisi. In sede di impostazione generale della problematica della pregiudizialità nel processo amministrativo preme solo mettere in risalto come la norma in parola consacrì anche in questo tipo di processo la contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio.

Il citato art. 28, infatti, dispone una differenziazione di regolamentazione di un gruppo di questioni, da esso stesso qualificate come pregiudiziali, rispetto alla disciplina dell'oggetto del giudizio, proprio secondo il duplice profilo indicato nell'articolo 34 cod. proc. civ.: la competenza e l'efficacia di cosa giudicata.

Vero è che tale differenziazione riguarda esplicitamente solo un gruppo di questioni pregiudiziali; ma, d'altra parte, essa, manifestamente, non dipende dall'oggetto delle questioni stesse, ma proprio dal loro carattere di pregiudizialità, ossia dal rapporto in cui esse si pongono con l'oggetto del giudizio. È ovvio, perciò, che la differenziazione in parola si applica necessariamente anche a questioni aventi un oggetto diverso, purchè esse nei confronti dell'oggetto del giudizio si pongano nello stesso rapporto di quelle.

Da una semplice lettura dell'art. 28 del testo unico delle

leggi sul Consiglio di Stato, risulta, *prima facie*, come anche nel processo amministrativo esista un complesso di accertamenti pregiudiziali con i caratteri delineati nella prima parte del presente lavoro.

Non solo, ma se nel processo amministrativo è possibile individuare una manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, contrapposta all'oggetto del giudizio, si può senz'altro affermare che tale fenomeno, in tale tipo di processo, presenta quei suoi lineamenti, che sono indissolubilmente legati alla contrapposizione stessa. Ciò significa che, anche per il processo amministrativo, valgono le considerazioni precedentemente svolte, a proposito del collegamento tra la pregiudiziale e l'*iter* intellettuale del giudice; della nozione di pregiudiziale costruita su un piano meramente logico; della distinzione di questa da una nozione più strettamente giuridica; della individuazione di quest'ultima, secondo quelli che sono i profili, sotto cui il fenomeno acquista rilevanza per il giurista (e che sono, anche nel processo amministrativo, la competenza e l'efficacia di cosa giudicata); la tripartizione delle forme di manifestazione di esso; i caratteri essenziali del punto, della questione e della causa pregiudiziale.

S'intende, però, che alcuni di questi profili del tema in esame sono delineabili, e sono stati in realtà tratteggiati, solo in stretta connessione con una problematica assai delicata, quale è quella che attiene alla natura e alla struttura della sentenza; per tale ragione, in tanto i risultati ottenuti nella prima parte del presente lavoro sono applicabili *sic et simpliciter* anche al processo amministrativo, in quanto tale problematica sia suscettiva di un'impostazione anche per quel che concerne quest'ultimo, negli stessi termini precedentemente indicati.

Non si può fare a meno di osservare al riguardo, anzitutto, come il problema della natura della sentenza sia una di quelle questioni le quali, malgrado la loro impostazione in termini generali, risentano maggiormente del dato positivo; e, in realtà, in tanto si può definire il provvedimento giurisdizionale come

atto di mero accertamento della volontà della legge, oppure come un comando con carattere di autonomia, seppure variamente collegato con un previo accertamento del genere, in quanto l'ordinamento regoli tale provvedimento in un modo piuttosto che in un altro. Partendo da questa considerazione di principio, si deve necessariamente arrivare ad ammettere come, da un punto di vista meramente teorico, non sussistano, di massima, ostacoli, che impediscano di delineare la sentenza che conclude il processo di un certo tipo, con caratteri diversi di quelli della sentenza del processo di altro tipo: e ciò, in corrispondenza con una non impossibile differenziazione della disciplina positiva dell'uno o dell'altro processo.

Tutto ciò premesso, non pare, però, che nel nostro ordinamento la natura e la struttura dei provvedimenti mediante i quali viene esplicata la funzione giurisdizionale siano regolati in modo differenziato; in particolare, ciò sembra valere soprattutto per quel che riguarda le sentenze civili e le decisioni giurisdizionali amministrative: il carattere giurisdizionale, riconosciuto anche alle seconde, in modo ormai pacifico, dopo una celebre polemica, sembra acquistare, sotto questo profilo, un significato peculiare; infatti, poichè la questione della giurisdizionalità dei provvedimenti decisori del Consiglio di Stato è stata impostata sulla base della analogia di questi con le sentenze del giudice civile, la sua soluzione positiva sta anche a significare il riconoscimento di una assimilazione dei primi alle seconde, anche per quel che concerne la loro natura e struttura; e questo risultato può essere acquisito, quindi, per lo svolgimento del presente lavoro.

La valutazione come un dato positivo, della sostanziale identità della natura e della struttura dei provvedimenti decisori, mediante i quali viene in ogni caso esplicata la funzione giurisdizionale, permette allora non solo la impostazione in termini generalissimi della problematica relativa, ricordata nella prima parte del presente lavoro, ma anche assicura, da questo punto

di vista, la applicabilità al processo amministrativo di quegli aspetti del fenomeno della pregiudizialità sopra indicati.

Se, come sembra, i rilievi precedentemente svolti al riguardo si devono ritenere come integralmente applicabili al processo amministrativo, risulta ristretto, in corrispondenza, l'ambito entro cui è possibile tratteggiare una teoria della pregiudizialità in tale tipo di processo, la quale presenti dei caratteri peculiari rispetto ai lineamenti del tema disegnati nella parte generale; malgrado ciò, l'estensione di questo ambito rimane, in ogni caso, abbastanza cospicua.

Infatti, l'affermazione, secondo la quale anche nel processo amministrativo è da rinvenirsi una manifestazione del fenomeno della pregiudizialità; e che tale manifestazione trova il suo limite in corrispondenza del contenuto dell'oggetto del giudizio, se da un lato costituisce una considerazione pressochè ovvia, dall'altro essa è una soluzione del tutto insoddisfacente del problema propostoci; ossia, tale rilievo è assolutamente inidoneo, nella sua sinteticità, a chiarire, in concerto, che cosa venga alla pregiudizialità stessa contrapposto.

La precisazione del contenuto degli accertamenti da definirsi come pregiudiziali, almeno su un piano meramente logico, deve procedere, anche nel processo amministrativo, sulla base dello stesso schema di ragionamento seguito a proposito del processo civile: si deve, infatti, tentare di determinare, in concreto, l'oggetto di tali accertamenti, per poter definire con un minimo di precisione i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno in esame, nel tipo di processo che qui interessa; e questa determinazione può avvenire solo delineando la linea di confine reciproca tra questo ambito, e il contenuto dell'oggetto del giudizio; in altri termini, è necessario analizzare anche quest'ultimo.

La necessità di questa opera di delimitazione risulta tanto più chiara, in quanto, come è noto, in dottrina la nozione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo è estrema-

mente controversa; in ogni caso, essa è controversa in modo non minore della corrispondente nozione del processo civile. Queste incertezze dottrinali contribuiscono non poco ad accentuare il carattere di insoddisfazione che presenta la delimitazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, nel tipo di processo cesso in parola, sulla sola base dell'affermazione della sua contrapposizione al contenuto dell'oggetto del giudizio, perchè questa affermazione costituisce, in ultima analisi, un rinvio ad una nozione dai contorni quanto mai malsicuri. Non solo, ma i dubbi che concernono l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non possono non estendersi, come si è visto a proposito del processo civile, anche a tutti i lineamenti dell'atteggiarsi della situazione giuridica del soggetto, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale; ossia, essi riguardano anche i caratteri, e forse la stessa esistenza, di quel potere astratto di agire, che è stato individuato nel processo civile; ciò comporta, tra l'altro, la non netta distinzione tra questioni meramente processuali, e questioni pregiudiziali di merito; ed un chiaro sintomo di questa confusione è dato da un indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato, che è ben noto, e che peraltro sarà esaminato successivamente (4).

Queste sono le ragioni, per cui una trattazione del tema della pregiudiziale, la quale si proponga di delineare il suo atteggiarsi nel processo amministrativo, si deve porre, come primo obiettivo, quello di tratteggiare col massimo di precisione consentito, la linea di confine tra la pregiudiziale stessa e l'oggetto del giudizio, nel tipo di processo considerato.

Per raggiungere questo obiettivo è necessario, tra l'altro, valutare la ricca problematica e la abbondantissima letteratura che riguarda la nozione di oggetto del giudizio nel processo amministrativo; s'intende, che tale valutazione sarà compiuta solo dal ristretto punto di vista che interessa, in relazione al fine indicato, e che ci proponiamo di raggiungere.

(4) Cfr., *infra*, pag. 257 ss.

Ciò, però, comporta che tale problematica debba essere considerata sotto un profilo che non è dei più consueti; nel corso di questo lavoro, infatti, è necessario tenere nel massimo conto quelle esigenze, di carattere strettamente processuale, che, come si è visto, sono alla base della costruzione della nozione di oggetto del giudizio nel processo civile; e tali esigenze sono forse le più trascurate dalla dottrina la quale, come è noto, preferisce dedicare l'attenzione al problema dei rapporti tra situazione giuridica sostanziale e giurisdizione amministrativa (5).

Ma è proprio considerando il problema che ci interessa dal punto di vista indicato, che si appalesa tutta l'utilità di quei rilievi precedentemente svolti, a proposito del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo civile. Certo, le considerazioni compiute al riguardo, non sono assolutamente suscettibili, di per sè, di una diretta applicazione al processo amministrativo, giacchè esse sono state svolte non già su un piano generale, cui pure la prima parte del presente lavoro è dedicata, ma bensì sulla base della disciplina positiva di un dato tipo di processo, e, per ciò solo, non possono avere una portata che travalichi i confini di questo. Una diversa opinione al riguardo urterebbe contro quei rilievi di carattere metodologico, che si sono esposti nella introduzione di questo lavoro, nella quale si è nettamente negato che gli schemi del diritto amministrativo possano essere mutuati *sic et simpliciter* dalla teoria del processo civile: proprio in quella sede, si erano avanzate alcune considerazioni sui rapporti tra teoria del processo civile, teoria del processo amministrativo, e teoria generale del processo, considerazioni cui abbiamo cercato di mantenerci fedeli.

Ma le osservazioni precedentemente svolte sulla nozione di oggetto del giudizio nel processo civile, anche se non possono essere applicate direttamente al processo amministrativo, pre-

(5) L'unica valutazione sotto profili eminentemente processuali dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, risulta essere quella di BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 50 ss.

sentano una utilità, la quale, anche se è meramente indiretta, non per questo è meno importante. Infatti, la materia civilprocessualistica è stata valutata sulla base di una serie di impostazioni di problemi, le quali possono senz'altro essere assai opportunamente impiegate anche per quel che riguarda l'oggetto del processo amministrativo; e, in realtà, nell'uno e nell'altro caso è possibile rinvenire una notevole analogia di tematica e di implicazioni, come meglio si vedrà nelle pagine seguenti. Perciò, quel filo di ragionamento che si è seguito nella determinazione, in concreto, della linea di confine tra la pregiudiziale e l'oggetto del giudizio, per quel che riguarda il processo civile, sarà seguito anche nel disegnare l'analoga linea per quel che concerne il processo amministrativo.

D'altra parte, non solo costituisce elemento essenziale della pregiudiziale, la sua contrapposizione al contenuto di oggetto del giudizio, ma è anche tratto caratteristico di questo, come si è già detto, la sua coincidenza con i limiti oggettivi del giudicato: non occorre certo richiamare in questa sede le considerazioni che hanno portato a tale conclusione. La coincidenza in parola, allora, deve verificarsi necessariamente anche nel processo amministrativo.

Data questa identità di collegamenti nel processo civile, come in quello amministrativo, tra oggetto degli accertamenti pregiudiziali, oggetto del giudizio, e limiti oggettivi della cosa giudicata, le stesse ragioni che nella prima parte del presente lavoro hanno consigliato di vagliare le conclusioni cui si è pervenuti, a proposito dei limiti dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, alla luce della teoria dei limiti obbiettivi della cosa giudicata, indicano l'opportunità di una analoga analisi anche nel processo amministrativo.

È evidente che la determinazione, in concreto, dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo deve trovare puntuale rispondenza nei limiti obbiettivi della cosa giudicata. S'intende che in tanto si

potrà analizzare questa rispondenza, in quanto sia possibile rinvenire in dottrina dei dati sufficientemente sicuri su tali limiti; è però ben noto come ancora l'argomento non abbia avuto, per molti aspetti, una sistemazione definitiva, e questa insufficienza di elaborazione sarà avvertita in modo assai sensibile, perchè il tema dovrà essere valutato da un angolo visuale che non è uno dei più consueti.

Come si vede, delineare in concreto i limiti dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo comporta un ragionamento nè breve nè semplice. D'altra parte, solo seguendo l'*iter* indicato si potrà pervenire ad una certa specificazione del principio generalissimo, per cui la pregiudiziale termina là dove comincia l'oggetto del giudizio. Si avrà, così, una determinazione in concreto di tale principio, la quale, non meno di quella prima accennata a proposito del processo civile, vale nell'ambito di un solo tipo di processo.

L'importanza che assume la determinazione, almeno a grandi linee, dell'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali, giustifica la circostanza che ad essa sia dedicata tutta la prima sezione della seconda parte del presente lavoro. Ma, d'altra parte, tale determinazione non può evidentemente esaurire l'intero campo di considerazioni che vogliono essere specificamente rivolte all'atteggiarsi del fenomeno in esame nel processo amministrativo: vi è tutto un altro gruppo di problemi, i quali meritano di essere analizzati, e sono quelli relativi alla concreta disciplina dei singoli gruppi di questioni pregiudiziali che si possono presentare nel processo in parola; più precisamente, interessa vedere quale sia la disciplina della loro trasformazione in cause pregiudiziali. La necessità di esaminare la problematica relativa con una certa precisione di dettagli consiglia di dedicare a tale indagine una sezione autonoma.

È ovvio, che in tanto problemi del genere si possono porre, in quanto si considerino questioni pregiudiziali, le quali siano, di per sè idonee a costituire oggetto di un autonomo giudizio:

riaffiora qui una distinzione della massima importanza, già rilevata nella prima parte del presente lavoro. Non solo, ma poiché, come si è accennato, sussistono anche per il processo amministrativo, quelle stesse ragioni le quali, su un piano generale, consigliano di delineare sulla base di questa distinzione, l'altra distinzione tra pregiudiziale in senso meramente logico, e pregiudiziale in senso giuridico, è chiaro che, nell'esame dei problemi indicati, si abbandona decisamente il campo della pregiudizialità in senso logico, per entrare in quello della pregiudizialità giuridica.

Nella esposizione della disciplina relativa, ci si baserà su una classificazione dei vari gruppi di questioni pregiudiziali che possono presentarsi nel processo amministrativo, la quale sarà tracciata in rapporto al giudice competente a conoscere delle questioni stesse, ove fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio.

Al riguardo, la distinzione più rilevante che è da farsi, è quella tra questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo, e questioni pregiudiziali le quali, invece, in tale ipotesi, ricadrebbero nella giurisdizione di un giudice diverso, civile o penale, ordinario o speciale.

La disciplina delle questioni del primo gruppo dà luogo a tutta una serie di problemi, che è interessante esaminare, per due ragioni diverse, per quanto integranti a vicenda; anzitutto, infatti, si può rilevare come questi problemi, pur non ignoti alla dottrina, non siano mai stati studiati dal puro punto di vista della teoria della pregiudiziale; in secondo luogo, gli accertamenti pregiudiziali sulla legittimità di atti amministrativi non impugnati, sono stati assai spesso confusi con la c.d. disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi: ora sembra che i due istituti siano sostanzialmente diversi, per quanto non si possano negare notevoli interferenze reciproche. La distinzione tra accertamenti pregiudiziali e disapplicazione pare un risultato

che si possa raggiungere proprio seguendo lo schema di ragionamento indicato. Ma di ciò si dirà meglio in seguito.

D'altro canto, i problemi relativi alla disciplina del secondo gruppo di questioni pregiudiziali presentano dei motivi di interesse diversi, ma non meno sensibili. È in tale materia, infatti, che affiora quel profilo di interferenza tra giurisdizioni il quale, come si è detto, ha colpito per primo gli studiosi della pregiudiziale, sia nel processo amministrativo, come nel processo penale. Sembra che la disciplina delle questioni in parola sia improntata, in linea di massima, ad alcuni principi generali, validi indipendentemente dal tipo di giudice nella cui giurisdizione esse ricadrebbero, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio; principi generale, che, del resto, discendono pienamente dai caratteri essenziali del fenomeno della pregiudiziale.

Questa circostanza consiglierebbe una trattazione unitaria di tutte le questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero alla giurisdizione di un giudice diverso da quello amministrativo. Ciò nonostante, un gruppo di queste questioni sarà esaminato con particolare attenzione: e cioè quello delle questioni che appartenerebbero alla giurisdizione del giudice ordinario civile. Le ragioni di questo particolare trattamento sono di molteplice ordine. Anzitutto, tali questioni sono le sole previste nell'unica norma del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, la quale disciplini espressamente il fenomeno della pregiudizialità. In secondo luogo, forse proprio per tale motivo, esse sono, tra tutte le questioni pregiudiziali che possono sorgere nel corso del processo amministrativo, le sole le quali abbiano attirato l'attenzione della dottrina. In terzo luogo, esse, statisticamente, sono le questioni che nel processo considerato si presentino con maggiore frequenza: perciò, una loro analisi appare di maggiore rilevanza pratica, rispetto a quella delle questioni degli altri gruppi. Infine, per tale maggiore frequenza, la casistica giurisprudenziale è abbastanza ricca, ed una sua valutazione costituisce il miglior

banco di prova di quella individuazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali che sarà stata precedentemente compiuta.

In genere, nello svolgimento del presente lavoro, si darà particolarmente rilievo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Anzitutto, ciò costituisce il giusto riconoscimento dell'enorme contributo che tale organo giurisdizionale ha dato alla elaborazione di istituti di diritto amministrativo, sostanziale e processuale; e questo, specie in ben determinati periodi. D'altra parte, l'importanza di questo contributo è particolarmente avvertibile in temi, come quello che ci occupa, in cui il dettato legislativo e frammentario, e comunque insufficiente; e, per di più, la elaborazione dottrinale non è stata particolarmente approfondita.

Ma, oltre a queste considerazioni, si può ancora aggiungere come pare corrisponda ad un corretto criterio metodologico, il quale, peraltro, non può essere qui adeguatamente illustrato, l'attribuzione della massima rilevanza, nello studio di un determinato fenomeno giuridico, al dato giurisprudenziale, cioè a quello che è l'insieme dei concreti regolamenti di una serie di singoli casi. S'intende, che questa attribuzione non implica una rinuncia *a priori* ad una valutazione critica di quegli indirizzi giurisprudenziali, i quali non possano comunque essere giustificati, nel quadro di esatte impostazioni dogmatiche.

20. Prima ancora di affrontare la parte centrale della problematica relativa all'argomento della pregiudiziale, la quale, come si è visto, si ricollega alla determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno, pare opportuno accennare brevemente qualche considerazione, a proposito del limite iniziale dell'ambito stesso.

È evidente che anche nel processo amministrativo le prime manifestazioni del fenomeno della pregiudizialità sono costituite dai c.d. punti pregiudiziali: ossia, da quella serie di affermazioni, di postulati, in fatto e in diritto, da cui muove l'iter logico del

giudice, senza che la loro esattezza sia da questi previamente vagliata; d'altra parte, non occorre certo aggiungere qui ulteriori considerazioni, a quelle precedentemente svolte⁽⁶⁾, a proposito della necessità logica della esistenza di una serie di punti pregiudiziali, così intesi, sia nel ragionamento del giudice, come in ogni altro ragionamento.

Il meccanismo mediante il quale, in concreto, si vengono a determinare, in un processo, i punti pregiudiziali da cui muove l'iter logico del giudice, è peraltro noto: l'attore (anzi, nel processo amministrativo: il ricorrente), propone al giudice, nell'atto di ricorso, un certo paradigma di ragionamento, avanzando una serie di affermazioni, tra di loro logicamente concatenate, la cui conclusione si pretende che costituisca, appunto, la soluzione della questione c.d. principale. Il resistente si difenderà, respingendo questa soluzione, ed egli potrà fare ciò, solo negando la fondatezza di una o più delle affermazioni del ricorrente.

In corrispondenza delle contestazioni del resistente, sorgono una o più questioni pregiudiziali. Non solo, ma la loro soluzione condiziona, evidentemente, anche l'accoglimento da parte del giudice di quelle affermazioni, che sono state prospettate dal ricorrente come consequenziarie, rispetto a quelle contestate dal resistente. E, d'altra parte, il resistente, contestando la fondatezza di alcune affermazioni avanzate dal ricorrente, contesta, con ciò stesso, anche la fondatezza delle affermazioni a queste consequenziarie, sino alla affermazione finale. Ciò comporta che, nel ragionamento proposto dal ricorrente al giudice, sorge una serie ininterrotta di questioni pregiudiziali, a partire dalle prime affermazioni che siano state contestate.

Costituiscono i punti pregiudiziali quelle affermazioni del ricorrente, che precedono quelle altre affermazioni di questi, che siano state contestate dal resistente; più precisamente, costi-

(6) Cfr., *supra*, pag. 39 ss.

tuiscono i punti pregiudiziali quelle affermazioni del ricorrente le quali si pongano come i termini delle prime (in ordine logico) questioni pregiudiziali che sorgono, in conseguenza delle contestazioni del resistente.

Dato il meccanismo di formazione dei c.d. punti pregiudiziali, appare chiaramente impossibile una determinazione in via generale del loro contenuto: anzitutto, il ricorrente può proporre al giudice una infinita serie di paradigmi di ragionamento, e, d'altra parte, il resistente ha la scelta più ampia possibile, delle affermazioni da contestare. S'intende, che mentre alcuni dei punti pregiudiziali riguarderanno il c.d. fatto, altri, invece, atterranno alla individuazione e alla interpretazione della norma da applicare ad esso; ulteriori considerazioni su questo tema saranno svolte successivamente, quando si accennerà al contenuto del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo⁽⁷⁾, ma fin da ora si può osservare come non sia possibile spingersi, al riguardo, oltre alcuni rilievi di ordine generalissimo.

Comunque, il giudice è evidentemente legato, nella determinazione dei fondamenti del proprio *iter* logico, a quelle che sono le contestazioni delle parti, nel senso che egli deve accettare, come punti pregiudiziali, quelle affermazioni del ricorrente che non sono contestate dal resistente; un principio del genere vale soprattutto per quel che riguarda l'accertamento dei fatti, ma, nel processo amministrativo, estende il proprio ambito di applicazione anche al c.d. diritto, come si vedrà meglio successivamente⁽⁸⁾. Se il giudice considerasse come punto pregiudiziale un'affermazione del ricorrente, che è stata, viceversa, contestata dal resistente, ciò costituirebbe omessa decisione su un punto decisivo della controversia: si tratta di un vizio della pronuncia del giudice, che è colto dalla legge, forse in modo non troppo penetrante, solo sotto il profilo formale della insuf-

(7) Cfr., *infra*, pag. 332 ss., 351 ss.

(8) Cfr., *infra*, pag. 342 ss., 367 ss.

ficienza della motivazione⁽⁹⁾. Per contro, se il giudice, al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, esamina d'ufficio la esattezza di una affermazione del ricorrente non contestata dal resistente, commette una violazione del principio dispositivo, per cui le parti sono, in linea di massima, le arbitre dell'estensione da dare alla contestazione.

Nei casi, invece, in cui la legge attribuisce al giudice il potere di esaminare d'ufficio l'esattezza di una affermazione del ricorrente, la quale non sia stata contestata dal resistente, si verifica un fatto, il quale incide nel modo seguente nella determinazione del limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale: al posto di un punto pregiudiziale, il giudice fa sorgere una questione pregiudiziale, e diventano punti pregiudiziali, quelle enunciazioni, che si pongono come i termini di questa questione pregiudiziale stessa; retrocede, in corrispondenza, il limite iniziale dell'ambito indicato.

Ed è proprio su questo terreno, che è possibile avanzare qualche, sia pur vaga, considerazione generale, sulla possibilità di determinare, in concreto, il limite anzidetto; infatti, tutte le volte che la legge attribuisce al giudice il potere di esaminare d'ufficio una data questione, egli deve esercitare questo potere stesso; nè a nulla rileva, sotto questo profilo, che nella maggior parte dei casi, l'esercizio di questo potere non compaia in motivazione, ma rimanga come un momento interno dell'*iter* compiuto dal giudice, il quale viene esteriorizzato solo nella ipotesi in cui il dubbio sulla esattezza della affermazione non contestata del ricorrente abbia una certa consistenza.

In altre parole, tutte le volte che il ricorrente avanza una affermazione, la cui esattezza deve essere vagliata d'ufficio, essa non potrà mai costituire un punto pregiudiziale, ma, al contrario, sarà oggetto di una questione pregiudiziale, sollevata, appunto, d'ufficio, e almeno deliberata, dal giudice. Sotto questo pro-

(9) Cfr. la formulazione dell'art. 360, n. 5 cod. proc. civ.

filo, per la determinazione del limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, può essere opportuno il richiamo di quelle questioni che sono sollevabili d'ufficio dal giudice amministrativo.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato offre una ricca casistica. Il gruppo più cospicuo di ipotesi riguarda le questioni che attengono alla c.d. regolarità di costituzione del rapporto processuale⁽¹⁰⁾, e gli esempi in proposito presentano una certa varietà di casi⁽¹¹⁾. Il fondamento di questa rilevanza di ufficio, la quale, peraltro, non costituisce un *quid proprium* del processo amministrativo, sta nella circostanza per cui, mediante la soluzione di tali questioni, il giudice accerta la sussistenza dei presupposti, cui è condizionata l'esplicabilità, da parte sua, della funzione giurisdizionale di merito: è normale, infatti, che l'organo, cui è demandato l'esercizio di una data funzione, accerti, anche d'ufficio, l'esistenza di quei presupposti, cui tale esercizio è in concreto legato.

D'altra parte, le questioni in esame, sono quelle tipiche questioni che la dottrina qualifica come meramente processuali; quelle questioni, cioè, le quali, come si è visto nella prima parte

⁽¹⁰⁾ Cfr. le considerazioni su tale nozione svolte dalla decisione del Cons. di Stato, V sez., 7 luglio 1937, n. 890, in *Foro amm.*, 1937, I, 1, 301.

⁽¹¹⁾ Per l'affermazione di principio, v., tra le altre, Cons. di Stato, V sez., 26 settembre 1952, n. 1140, in *Foro amm.*, 1953, I, 2, 93, ma ined. sul punto; per applicazioni di specie, v., tra le altre: VI sez., 23 ottobre 1950, n. 371, *ivi*, 1951, I, 3, 73; 27 ottobre 1952, n. 859, *ivi*, 1953, I, 3, 200; Ad. pl., 27 maggio 1957, n. 9, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 576 (tutte e tre hanno affermato la rilevanza d'ufficio della carenza dell'interesse a ricorrere); IV sez., 16 settembre 1955, n. 601, *ivi*, 1955, I, 1020, ma ined. sul punto (tale decisione ha affermato la rilevanza d'ufficio della non definitività del provvedimento impugnato). In qualche decisione meno recente, si fa derivare la rilevanza di ufficio delle questioni attinenti alla regolarità di istituzione del giudizio, da una loro qualifica di « questioni di ordine pubblico » (v., per es., IV sez., 8 febbraio 1929, n. 71, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, II, 149; nella specie, fu rilevata d'ufficio la tardività del ricorso; su tale ipotesi, v. anche IV sez., 30 aprile 1952, n. 479, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, I, 530.

del presente lavoro, non sono comprese nell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità di merito, della pregiudizialità, cioè, in senso proprio. Per tale ragione, esse dovrebbero essere tenute ben distinte dai punti pregiudiziali, e dalle questioni pregiudiziali, anche rilevabili di ufficio, secondo la comune impostazione, la quale risponde anche a esatte esigenze di carattere dogmatico.

Malgrado il contrario avviso, sostenuto da un indirizzo giurisprudenziale, crediamo che anche nel processo amministrativo sia da operare la distinzione tra questioni meramente processuali, e questioni pregiudiziali di merito, con tutte le conseguenze che tale distinzione comporta, come si è visto nella prima parte del presente lavoro⁽¹²⁾; per tale ragione, si deve escludere che quel gruppo prima indicato di questioni rilevabili di ufficio, possano avere il carattere di questioni pregiudiziali in senso tecnico. Solamente, si preferisce rimandare ad una fase più avanzata del presente lavoro la precisazione dei termini in cui si pone la distinzione in esame, e in tale sede si valuterà anche l'indirizzo giurisprudenziale ricordato⁽¹³⁾.

Comunque, pur rimandando ad un momento successivo la dimostrazione dell'assunto, si può fin da adesso rilevare come le questioni pregiudiziali le quali, dovendo essere sollevate d'ufficio, fanno in ogni caso retrocedere il limite iniziale della pregiudiziale, siano solo quelle che attengono al merito del giudizio.

I casi di questioni pregiudiziali di merito, le quali debbano essere sollevate d'ufficio dal giudice amministrativo, sono assai rari.

Per quel che riguarda l'accertamento dei fatti, appare molto difficile rinvenire esempi del genere, tranne, forse, una ipotesi, la quale, peraltro, presenta caratteri particolari: l'ipo-

⁽¹²⁾ Cfr., *supra*, pag. 119 ss.

⁽¹³⁾ Cfr., *infra*, pag. 256 ss.

tesi, cioè, in cui nel processo amministrativo emerga un fatto, che può costituire reato; in tal caso, come è noto, l'art. 3 cod. proc. pen. dispone che venga informato il pubblico Ministero, per l'eventuale inizio dell'azione penale, alle cui risultanze anche il giudice amministrativo è legato. Le ragioni per cui questa ipotesi pare possa difficilmente rientrare nella categoria delle questioni rilevabili d'ufficio risulteranno successivamente, quando si accennerà, in particolare, alle interferenze tra processo penale e processo amministrativo.

Nella ricostruzione, in genere, della fattispecie concreta, il giudice amministrativo può, inoltre, trovarsi di fronte ad una tipica questione, la quale è rilevabile d'ufficio: la questione di nullità di un atto (art. 1421 cod. civ.). La norma civilistica che dispone in tal senso, ha certamente un ambito di applicazione generale, sotto il profilo dell'organo giurisdizionale che può e deve compiere un simile accertamento; dei dubbi, però, possono sorgere per quel che riguarda l'applicabilità di tale norma anche agli atti amministrativi: e si comprende bene l'importanza che assume questa ipotesi nel processo amministrativo. Ciò non è altro che la conseguenza delle incertezze che attualmente regnano ancora, in dottrina, intorno alle varie specie di invalidità degli atti amministrativi, e che comprendono la stessa configurabilità di un tipo di invalidità di questi, che presenti caratteri simili alla nullità dei negozi privati, nei confronti della quale la norma civilistica è stata anzitutto dettata. L'estrema delicatezza e complessità dell'argomento consiglia, evidentemente, una astensione da qualsiasi presa di posizione al riguardo in questa sede, dove solo è sufficiente aver indicato la questione, nel suo possibile nesso con la determinazione del limite iniziale del fenomeno della pregiudizialità.

Esempi tipici di questioni pregiudiziali di merito, le quali devono essere rilevate d'ufficio dal giudice amministrativo, si possono rinvenire soprattutto in quella categoria di pregiudiziali, almeno in senso logico, che attengono alla c.d. premessa

maggiore del sillogismo giudiziale, ossia alla norma di legge da applicare alla fattispecie concreta.

A prima vista, potrebbe sembrare assai strano impostare il problema della rilevabilità *ex officio* di questioni, in relazione alle affermazioni che il giudice compie in punto di diritto; gli amplissimi poteri che il giudice ha, di solito, nei confronti della scelta e della interpretazione della norma da applicare, sono infatti indicati incisivamente nell'assai noto brocardo, per cui *iura novit curia*; e, se si volesse inquadrare tale principio nell'angolo visuale in esame, per la verità piuttosto inconsueto, si dovrebbe dire che, in un certo senso, qualsiasi questione relativa alla norma di legge da applicare è sollevabile d'ufficio dal giudice.

La portata del principio indicato, però, non è senza limiti: ci sono, infatti, alcuni tipi di processo, nei quali il giudice non è affatto libero nella scelta, almeno, della norma di legge da applicare: e, anzi, proprio nel processo amministrativo, il giudice può esaminare la violazione di legge dedotta dal ricorrente nel ricorso, solo sotto il profilo della norma indicata dal ricorrente stesso; e qualcosa di analogo, in un certo senso, si ha anche, nel processo civile, nel ricorso per Cassazione.

La esatta portata della limitazione al principio per cui *iura novit curia* nel processo amministrativo sarà esaminata successivamente, a proposito del contenuto del motivo di ricorso; si può però notare fin da ora, almeno in linea di massima, come tutte le volte che l'applicabilità di tale principio venga meno, diminuisca, in corrispondenza, il numero delle questioni attinenti alla norma di legge, le quali possano essere sollevate d'ufficio; da questo punto di vista, la questione in esame incide sul criterio di determinazione di massima dei c.d. punti pregiudiziali.

Salva ogni ulteriore considerazione sui limiti del potere che il giudice amministrativo ha al riguardo, è già chiaro, ad ogni modo, che la inapplicabilità, in tutta la sua portata, al processo amministrativo, del principio *iura novit curia*, non potrà mai spingersi, ovviamente, fino a negare al Consiglio di Stato il po-

tere di valutare l'esattezza della interpretazione proposta dal ricorrente, della norma di legge dedotta nel motivo di ricorso: ecco dunque, intanto, emergere tutta una serie di questioni, e precisamente quelle attinenti alla interpretazione della legge, le quali dovranno, in ogni caso, essere esaminate d'ufficio dal giudice, anche nell'ipotesi in cui il resistente non sollevi contestazione al riguardo. Per tale ragione, la norma di legge da applicare, considerata sotto il profilo della sua interpretazione, non potrà mai costituire un punto pregiudiziale, ma, al contrario, sarà la soluzione di una o più questioni pregiudiziali: solo i termini di queste ultime potranno essere, eventualmente, dei punti pregiudiziali.

Inoltre, il Consiglio di Stato, come qualsiasi altro giudice, deve in ogni caso esaminare d'ufficio la legittimità costituzionale della norma da applicare: in questa ipotesi, anzi, ove le questioni al riguardo presentino un minimo di apparenza di fondatezza, non può risolverle il giudice stesso, come è noto, ma questi deve investire di esse la Corte Costituzionale: ecco un esempio di questione rilevabile di ufficio, che in tale ipotesi si trasforma necessariamente in causa pregiudiziale.

Infine, il Consiglio di Stato ha affermato la rilevanza d'ufficio delle questioni relative alla esistenza e alla permanenza in vigore della norma da applicare⁽¹⁴⁾; si tratta di una affermazione la quale parrebbe ovvia, e trova riscontro in una analoghi tesi sostenuta a proposito del ricorso in Cassazione⁽¹⁵⁾: questa corrispondenza dovrebbe essere indicativa, giacchè è noto come in dottrina si tenti spesso di riavvicinare a tale ricorso, quanto meno dal punto di vista formale, il ricorso al Consiglio di

⁽¹⁴⁾ Cfr., per esempio, V sez., 4 giugno 1955, n. 844, in *Foro amm.*, 1955, I, 2, 342.

⁽¹⁵⁾ In questo senso, v.: CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino 1920, vol. II, pag. 161, nella nota, dove inoltre è citata, e criticata, la contraria opinione del MARTINOLO.

Stato; ad ogni modo, non sempre il giudice amministrativo ha fatto piena applicazione del criterio in esame⁽¹⁶⁾.

Come si vede, la determinazione del limite iniziale dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali dà luogo ad una serie di questioni, le cui soluzioni, peraltro, non permettono di tracciare una linea sufficientemente precisa; le ragioni di ciò si sono già indicate.

D'altro canto, ben maggiore interesse desta la determinazione del limite finale del fenomeno in esame; procedendo in tal senso, si entra veramente nella parte cruciale della problematica dell'istituto, e ad essa conviene volgere subito l'attenzione.

21) La fase iniziale di ogni tentativo di tracciare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale nel processo amministrativo (come, del resto, in ogni

⁽¹⁶⁾ Si consideri, per esempio, la seguente fattispecie (decisa dalla IV sez., 20 ottobre 1953, n. 909, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 891); un impiegato pubblico ricorre contro un provvedimento di licenziamento per motivi di salute, affermando la violazione dell'art. 3 del D.L. 4 aprile 1947, n. 207, che prevede un periodo massimo di assenza per malattia di sei mesi; più precisamente, il ricorrente sostiene che, essendo trascorso un primo periodo di sei mesi, durante i quali egli era rimasto assente per malattia, e non avendo la pubblica Amministrazione competente adottato nessun provvedimento entro tale termine, inizierebbe automaticamente il proprio decorso un secondo periodo di 6 mesi, durante i quali egli non potrebbe essere licenziato, in caso di permanenza della malattia; successivamente alla proposizione del ricorso, il ricorrente deduce in memoria, e quindi tardivamente, la violazione di un'altra norma di legge, ossia dell'art. 4 del regolamento di esecuzione del R.D., il quale è stato approvato con D.P.R. 19 aprile 1949, n. 246; tale articolo porta a un anno il periodo di sei mesi previsto originariamente dal R.D. citato. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter prendere in esame d'ufficio tale nuova censura. La fattispecie riportata è assai complicata, e sarà esaminata più in dettaglio successivamente, a proposito del contenuto del motivo di ricorso; per quel che qui interessa, comunque, si può osservare come in realtà la disposizione del regolamento di esecuzione modifichi la disposizione del D.L.; e, quindi, pare che una applicazione integrale del criterio, affermato dallo stesso Consiglio di Stato, per cui il giudice amministrativo può in ogni caso esaminare d'ufficio la permanenza in vigore della norma da applicare al caso concreto, dovrebbe portare ad esaminare la violazione della norma di legge dedotta dal ricorrente, sotto il profilo della formulazione di questa che è in vigore al momento del giudizio.

tipo di processo), è costituita dal richiamo della nozione di oggetto del giudizio nel processo considerato; più precisamente, si tratta di individuare il contenuto di tale oggetto, per poter rilevare, per contrasto, l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in senso lato.

L'oggetto del processo amministrativo costituisce, come è noto, un tema assai trattato dalla dottrina; ma l'utilizzazione della elaborazione relativa, ai fini che qui interessano, non può avvenire *de plano* per una serie di ragioni, cui si è già precedentemente accennato. Da un lato, quale sia il contenuto di questo oggetto è ancora oggi assai controverso, e anche se, come si vedrà, appare ormai possibile cominciare a trarre qualche conclusione dalle vive dispute che si sono registrate in proposito, queste conclusioni possono essere accolte solo con un margine di incertezza, per qualche verso abbastanza cospicuo.

Ma, soprattutto, tali conclusioni permettono una ricostruzione della nozione in esame, la quale è solo assai parziale, e non tiene conto della ricchezza di problematica, e, quindi, di profili, che essa comporta.

La dottrina, infatti, ha particolarmente analizzato i caratteri della situazione giuridica (sostanziale) la quale è sottoposta all'accertamento del giudice amministrativo; e, invero, la stragrande maggioranza della miriade di opinioni che sono state avanzate sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo riguarda, appunto, tale profilo della nozione in parola. È da notare, comunque, come in questi tentativi siano stati trascurati, di solito, i risultati cui è pervenuta la dottrina del processo civile, a proposito del contenuto dell'oggetto del giudizio in quel tipo di processo civile che strutturalmente è più vicino al processo amministrativo: il processo c. d. costitutivo. Come meglio si vedrà in seguito, assai probabilmente il contenuto dell'oggetto del giudizio in questi due tipi di processi è diverso; ma se questa diversità di contenuto impedisce una diretta utilizzazione dei risultati dell'elaborazione civilprocessualistica

nella costruzione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, essa non esclude certo una possibilità di coordinamento dei due tentativi dogmatici; pare, anzi, che dal paragone con altre nozioni, proprie di altri rami del diritto processuale, la costruzione la cui validità è rigorosamente limitata al tipo di processo che qui specificamente interessa, non possa non acquistare in prospettiva.

D'altra parte, non è difficile scorgere che l'analisi dei caratteri della situazione giuridica sostanziale accertata dal giudice amministrativo, così come è condotta dalla dottrina, è ancora insufficiente, anche per altri versi, a delineare compiutamente la nozione in esame; infatti, tale analisi è volta a tracciare l'atteggiarsi della posizione del singolo, nei confronti di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e che sia vincolato nel suo esercizio da una norma di legge, dalla quale non scaturisca per il privato nessun diritto soggettivo perfetto; una indagine del genere è, evidentemente, della massima importanza per il processualista, ma essa, peraltro, non esce ancora dal piano del diritto sostanziale. Si entra, più propriamente, nel piano del processo, quando si tenta di definire in che rapporto sta tale situazione giuridica sostanziale con l'oggetto dell'accertamento giudiziale: e a questo aspetto del problema non sempre è data quella rilevanza che pure pare indispensabile attribuirgli.

Attualmente, in dottrina, salvo alcune eccezioni, la soluzione del problema dei rapporti tra diritto (sostanziale) e processo, nel processo amministrativo, non è esposta e sostenuta *ex professo*, ma, tutt'al più solo incidentalmente, e, spesso, può essere solo ricostruita sulla base di opinioni avanzate a proposito di altri argomenti. D'altra parte, ogni tentativo di precisazione di tali rapporti, non può non tener conto di quelle esigenze, esposte nella prima parte del presente lavoro, le quali hanno dato luogo, nel processo civile, alla nascita e all'evoluzione della teorica dell'azione, nelle sue varie forme, e secondo le varie tesi.

In fine, a tutt'oggi manca, nella dottrina amministrativa, un'analisi del contenuto dell'oggetto del giudizio, la quale sia condotta in relazione a quei problemi, di mero carattere processuale, la cui soluzione dipende in larga misura, e spesso in modo esclusivo, dai contorni che si attribuiscono alla nozione in parola; questioni che si possono richiamare in modo complessivo, facendo riferimento alla necessaria unità di svolgimento del fenomeno processuale, dall'oggetto della domanda di parte, all'oggetto dell'accertamento giudiziale, ai limiti oggettivi degli effetti di tale accertamento.

Data la complessità della problematica relativa all'oggetto del giudizio, secondo i vari profili che si è cercato di tratteggiare, è evidente come una trattazione esauriente del tema possa trovar posto solo in una monografia, la quale sia a ciò solo specificamente dedicata; questa considerazione indica nettamente come siano ristretti i limiti in cui il delicatissimo argomento può essere qui valutato: e tali limiti risultano determinati da quelle che sono le esigenze di logico svolgimento del presente lavoro; ogni ulteriore rilievo, il quale non sia giustificato da tali esigenze, in linea di massima sarà tralasciato, purchè, è evidente, non sia richiesto per disegnare con una certa compiutezza quei lineamenti dell'intera nozione, senza i quali riuscirebbero incomprendibili, o almeno meramente apodittiche, le considerazioni che saranno successivamente svolte.

Recenti trattazioni sull'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, le quali, oltretutto, contengono un'esposizione assai accurata dello stato della dottrina sull'argomento, con un notevolissimo corredo di indicazioni bibliografiche, rendono superflua una rassegna delle numerose opinioni sostenute dai vari autori, sui caratteri della situazione giuridica sostanziale che costituirebbe l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice amministrativo. Le divergenze che permangono attualmente tra le varie tesi sono, per qualche verso, molto profonde: si discute ancora se tale situazione giuridica sia soggettiva, oppure ogget-

tiva; e in tutte e due le ipotesi, le opinioni affermate presentano tutta una gamma di differenziazioni, talvolta sottili, ma non per questo meno importanti e più trascurabili. Ciò nonostante, se si esaminano i principali orientamenti che si contendono ancor oggi il campo per la soluzione del problema indicato, è possibile cogliere questo singolare fenomeno: le alternative proposte dalla dottrina, tra le quali si deve scegliere la soluzione suddetta, sono ormai abbastanza circoscritte; e malgrado che la scelta tra queste alternative comporti delle conseguenze di notevolissima portata per l'individuazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, tale scelta, per delle particolarissime ragioni, risulta presso a poco indifferente nel tracciare il limite finale della pregiudizialità.

Evidentemente, è necessario dare subito conto di questa affermazione, che potrà forse sembrare sorprendente.

Attualmente, la maggior parte delle tesi sostenute in dottrina può essere classificata in due correnti principali, prescindendo da alcune ulteriori differenziazioni, che qui possono essere tralasciate. Una di queste correnti è orientata nel senso che l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato⁽¹⁷⁾.

A tale corrente si contrappone tradizionalmente l'altra, secondo la quale l'oggetto del giudizio sarebbe viceversa costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente, interesse legittimo che avrebbe la consistenza di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale⁽¹⁸⁾.

Per rendersi conto della reale portata della contrapposizione indicata, è necessario, anzitutto, fissare i contorni di una

(17) Cfr. gli autori citati dal CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 258, nota 43; la tesi, secondo la quale nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, è poi sviluppata in modo assai ampio dal CASSARINO stesso (*op. ult. cit.*, pag. 299 ss.).

(18) Cfr. gli autori citati dal CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 242, nota 3; per una ampia critica a tale tesi, v. lo stesso CASSARINO, *op. ult. cit.*, pag. 261 ss.

nozione, i quali, al contrario, sono stati sempre assai controversi: i contorni della nozione di interesse legittimo. Invero, la maggiore difficoltà che ha sempre ostato ad una precisazione dogmaticamente soddisfacente della teoria sostenuta dalla seconda delle correnti indicate, è appunto costituita dall'estrema delicatezza che la definizione dell'interesse legittimo presenta; e, nel corso di una evoluzione, che meriterebbe un'approfondita analisi, si è succeduta tutta una serie di definizioni della figura in parola, nel tentativo di affinarne il concetto, cogliendone i caratteri essenziali.

È noto come la classica definizione dell'interesse legittimo ponesse l'accento sulla circostanza per cui tale situazione giuridica soggettiva non è tutelata direttamente dall'ordinamento giuridico, ma, al contrario, risulta come effetto riflesso della tutela accordata direttamente a diverso interesse, pubblico o privato, soggettivizzato o no; più precisamente, l'interesse legittimo che il privato può vantare nei confronti della pubblica Amministrazione, non sarebbe altro che un interesse privato, tutelato giuridicamente come riflesso di una tutela che la legge accorderebbe in modo immediato ad un interesse pubblico.

Questa tesi pare senz'altro esatta, perchè effettivamente, almeno nella normalità dei casi, è possibile ravvisare nell'interesse legittimo che il privato ha nei confronti della pubblica Amministrazione, un fenomeno di interferenza di interesse privato e interesse pubblico, del tipo anzidetto; ma tale tesi pare insoddisfacente sotto un diverso profilo.

Essa, infatti, si limita a indicare quali sono i fini che l'ordinamento giuridico si propone di raggiungere, mediante una disciplina che tuteli la duplicità di interessi indicata; nulla dice, invece, almeno con sufficiente precisione, sul mezzo tecnico mediante il quale è possibile ottenere l'effetto di tutelare con una sola norma due interessi diversi, sia pure l'uno in modo diretto, e l'altro in modo solo occasionale; e finchè il chiarimento del modo di operare di questo meccanismo non è compiuto, appa-

iono perfettamente comprensibili i rilievi critici avanzati contro la costruzione tradizionale ⁽¹⁹⁾.

La precisazione dello strumento tecnico, la cui esigenza è così vivamente sentita, pare costituire il risultato che è stato ottenuto con una definizione della nozione di interesse legittimo, la quale è già stata riportata precedentemente, ma che è opportuno ricordare qui di nuovo, per la grande importanza che essa assume, nel quadro delle considerazioni adesso svolte. Secondo tale definizione, l'interesse legittimo sarebbe una situazione giuridica soggettiva sostanziale, che «...non è altrimenti salvaguardata che dall'osservanza delle modalità e dei presupposti per l'esercizio del potere, ovvero dall'essere determinate le condizioni perchè si possa acquistare un diritto o un potere giuridico, ovvero dall'adempimento dell'obbligo stabilito a favore di altri soggetti» ⁽²⁰⁾.

Con questa definizione, i caratteri dell'interesse legittimo vengono precisati negli stessi termini con cui vengono di solito delineate le altre situazioni giuridiche soggettive; in tal modo, è possibile operare la classificazione della nozione in esame, nella categoria di tali situazioni, precisando quei rapporti tra le singole figure che, del resto, sono già adombrati nella definizione riportata.

D'altra parte, questo risultato pare particolarmente utile, per il riconoscimento di un ambito di applicazione della nozione di interesse legittimo, anche al di fuori di quel diritto amministrativo, in cui essa ha trovato la sua prima elaborazione.

Ma è opportuno tralasciare qui ogni considerazione di ordine generale sulla portata della tesi cui si aderisce, e sulle numerosissime applicazioni che, come è noto, già la dottrina e la

⁽¹⁹⁾ Cfr., soprattutto: CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 614; e, precedentemente, GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 57.

⁽²⁰⁾ MIELE, *Principi*, cit., pag. 53.

giurisprudenza hanno compiuto; in questa sede, ci si può limitare, infatti, a chiarire quali sono le conseguenze che dalla definizione sopra riportata di interesse legittimo, è possibile trarre per la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, e per l'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali.

Sulla base dell'opinione del MIELE, sembra possibile distinguere vari gruppi di interessi legittimi, che si differenziano tra di loro per i diversi meccanismi attraverso cui opera la loro tutela, e che sono appunto indicati nella definizione dell'illustre autore. È opportuno, però, soffermare l'attenzione su uno solo di questi gruppi, e precisamente su quello in cui vanno classificati quegli interessi legittimi, i quali risultano da un vincolo apposto all'esercizio di un potere altrui: è noto, infatti, come l'interesse legittimo che il privato può vantare nei confronti della pubblica Amministrazione sia comunemente configurato come quella situazione giuridica soggettiva che scaturisce da una limitazione che la legge pone all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione stessa.

D'altra parte, uno degli aspetti più sicuri della controversa nozione di potere giuridico, si ricollega alla circostanza per cui l'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva è compiuto mediante l'emanazione di un atto giuridico; ora, l'osservanza delle norme che vincolano l'esercizio di un potere, se da un lato garantiscono la tutela dell'interesse legittimo che da questa risulta, dall'altro essa condiziona la legittimità dell'atto che viene posto in essere mediante tale esercizio. Per tali ragioni, ogni violazione delle norme indicate produce un duplice effetto: sotto un profilo soggettivo, si ha violazione di una situazione giuridica soggettiva, quale l'interesse legittimo; sotto un profilo oggettivo, si ha l'illegittimità, e, conseguentemente, l'invalidità dell'atto posto in essere senza il rispetto dei vincoli relativi all'esercizio del potere. È appena il caso di osservare quanto siano strettamente connessi questi due effetti, tra l'altro anche perchè solo

mediante l'annullamento dell'atto illegittimo è possibile ottenere una restaurazione della situazione giuridica soggettiva violata.

Violazione dell'interesse legittimo e illegittimità dell'atto costituiscono, in definitiva, effetti paralleli di un'unica causa: l'emanazione dell'atto senza l'osservanza dei limiti posti all'esercizio del potere di cui l'atto stesso costituisce l'estrinsecazione; e questo parallelismo può essere colto anche sulla base della considerazione, per cui sia l'una che l'altra conseguenza indicata non possono porsi reciprocamente in un rapporto, comunque orientato, di causa-effetto, ma, al contrario, solo in un rapporto di indissolubile coesistenza: in tanto l'atto è illegittimo, in quanto viola un interesse legittimo, e, d'altra parte, in tanto l'interesse legittimo è violato, in quanto l'atto è illegittimo.

Ove si consideri che è possibile delineare nel modo indicato la connessione tra violazione dell'interesse legittimo e illegittimità dell'atto, solo come corollario della definizione prima riportata di interesse legittimo, si deve attribuire a tale definizione un ulteriore merito: quello di poter spiegare in modo dogmaticamente soddisfacente le ragioni per cui la violazione di un interesse legittimo si accompagna sempre all'illegittimità dell'atto; fenomeno, questo, che pur essendo ben noto alla dottrina tradizionale, non era da essa sufficientemente chiaribile, sulla sola base della definizione di interesse legittimo tracciata in relazione all'interferenza di due interessi, e al riflesso sull'uno della tutela accordata direttamente all'altro.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, è facile, allora, individuare la portata del contrasto tra l'orientamento, secondo il quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, e l'altro orientamento, secondo il quale tale oggetto sarebbe, invece, costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo: tale contrasto è, in definitiva, riconducibile nell'alternativa compresa nell'uno o nell'altro degli effetti giuridici che conseguono ad un'unica causa; per tale ragione, la scelta

tra l'uno e l'altra tesi comporta, sì, conseguenze di notevolissima portata per l'individuazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, e per la soluzione dei problemi, che a tale individuazione sono immediatamente connessi; ma, d'altra parte, essa risulta irrilevante per la determinazione dell'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali (in senso logico), in quanto questi concernono sempre la causa della situazione giuridica che costituisce l'oggetto del giudizio.

Esprimendo lo stesso concetto sotto un diverso profilo, si deve anzitutto ricordare come la serie degli accertamenti meramente pregiudiziali termini con l'individuazione della premessa minore (ricostruzione della fattispecie concreta), e con l'individuazione della premessa maggiore (individuazione e interpretazione della norma di legge da applicare alla prima) del sillogismo del giudice; ora, sia secondo l'una, come secondo l'altra delle teorie indicate, ambedue le premesse del sillogismo giudiziale hanno lo stesso contenuto: la premessa minore è sempre costituita dal comportamento della pubblica Amministrazione che si è estrinsecato nell'emanazione dell'atto impugnato, e la premessa maggiore è sempre costituita dalla norma di legge, che pone un vincolo all'esercizio di quel potere, mediante il quale l'atto è stato emanato, norma alla cui stregua la legittimità del comportamento dell'Amministrazione deve essere valutata.

Non solo: il limite finale della pregiudiziale non può essere spostato, neppure se si accolgano teorie diverse da quelle due fino ad ora esaminate; e questo, purchè si osservi una sola condizione: e cioè, che quella situazione giuridica, la quale, comunque, è delineata come oggetto del giudizio, costituisca un effetto della violazione da parte dell'Amministrazione, di un vincolo posto dalla legge all'esercizio di un potere ad essa attribuito: sia questo effetto la violazione di una situazione giuridica soggettiva del privato, la quale, però, abbia caratteri diversi da quelli dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica sostan-

ziale; oppure la violazione di un interesse di altro soggetto, o, addirittura, non soggettivizzato.

Per tali ragioni, sembra che non si spostano le basi, sulle quali operare la determinazione del limite finale della pregiudiziale, anche se si accoglie la tesi, secondo la quale la giurisdizione amministrativa sarebbe una giurisdizione il cui oggetto è costituito dalla violazione di un interesse che non può essere riferito ad un singolo soggetto, ma che, invece, si identificherebbe con quello dell'intero ordinamento giuridico ⁽²¹⁾; oppure se si accoglie l'altra tesi, secondo la quale tale interesse potrebbe, sì, essere riferito ad un soggetto, ma questi non sarebbe altro che la stessa pubblica Amministrazione ⁽²²⁾; e, infine, sembra che il discorso non debba mutare troppo, neppure se si accoglie una di quelle opinioni, le quali combinano variamente elementi comuni alle varie posizioni fin qui accennate, o ad altre di cui si dirà immediatamente ⁽²³⁾.

La determinazione dell'ambito finale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità non pare debba essere spostata, per le ragioni prima indicate, neppure se si aderisce ad un orientamento, il quale presenta notevoli punti di contatto con quello, secondo il quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente; anche secondo questa tendenza, il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad accertare l'effettiva sussistenza della violazione di un interesse del ricor-

⁽²¹⁾ È la nota tesi, secondo la quale la giurisdizione amministrativa dovrebbe essere delineata come una giurisdizione di puro diritto obiettivo; cfr. l'ampia bibliografia citata dallo ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 8ª ed., Milano 1958, vol. II, pag. 44, 45 e nota 21; 121 e nota 5.

⁽²²⁾ È questa la nota tesi del GUICCIARDI; vedila, nella sua formulazione più recente, nella 3ª ed. (Padova, 1954), della *Giustizia amministrativa*, passim, ma, specialmente, pag. 7 ss., 19 ss., 33 ss.

⁽²³⁾ Cfr. per esempio: PICCARDI, *La distinzione tra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma 1932, vol. II, pag. 255 ss.; GASPARRI, *Appunti in tema di interessi legittimi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1947, 3º quadr., pag. 325 ss.

rente, ma tale interesse non avrebbe una rilevanza sostanziale, come la si dovrebbe attribuire all'interesse legittimo, in base alla nozione tradizionale di esso prima accennata; al contrario, questo interesse del privato avrebbe un carattere meramente formale, e concernerebbe, cioè, solo la legittimità del comportamento della pubblica Amministrazione⁽²⁴⁾; è da rilevare come secondo alcuni sostenitori di questa impostazione, la nozione di interesse legittimo, che il privato vanterebbe nei confronti dell'Amministrazione, dovrebbe coincidere, appunto, con quella di tale interesse meramente strumentale⁽²⁵⁾, il quale, inoltre, come è stato talvolta affermato, troverebbe il suo presupposto in un diritto soggettivo perfetto⁽²⁶⁾; secondo altri, invece, l'interesse legittimo sarebbe un interesse di puro fatto, il quale, però, assumerebbe giuridica rilevanza per la sua lesione da parte di un atto amministrativo illegittimo: il cittadino, per ottenere la tutela di questo interesse di fatto avrebbe « ... pure, necessariamente, un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo »⁽²⁷⁾.

Non è il caso di valutare in questa sede l'esattezza di questa accentuazione dell'aspetto formale dell'atteggiarsi della situazione giuridica del cittadino nei confronti di un comportamento della pubblica Amministrazione; accentuazione, la quale, peral-

(24) Per l'esposizione di questo gruppo di tesi, con valutazioni critiche e con ampie citazioni di letteratura, v.: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pag. 244 ss., e nelle note.

(25) In questo senso, v.: GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 275, nota 33; ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 325; CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 348; e *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1956, pag. 24. Per una critica alle argomentazioni di GUARINO, v.: CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, etc., cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 617, 618.

(26) Così: CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pag. 334 ss.

(27) CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, etc., cit., *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 618 ss.

tro, ricorda una teoria sostenuta in tempi ormai non più recenti, e sulla base di un diverso inquadramento del problema della natura della giurisdizione amministrativa⁽²⁸⁾.

Qui preme solo rilevare come, in definitiva, l'accoglimento di una tesi sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, il quale avvenga mediante una scelta operata tra quasi tutte le principali teorie sostenute sul tema, non incida troppo sulla determinazione del limite finale della pregiudiziale.

L'unica tesi di notevole rilevanza su tale tema, il cui accoglimento comporterebbe necessariamente uno spostamento del limite anzidetto, è quella secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dal potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato⁽²⁹⁾; tesi la quale, come è noto, è stata recentemente sostenuta anche da ALLORIO⁽³⁰⁾.

Le ragioni per cui l'accoglimento dell'opinione indicata inciderebbe sulla delimitazione della pregiudiziale, sono presto dette. L'illegittimità dell'atto impugnato si dovrebbe porre, infatti, come il fatto costitutivo o, quantomeno, come la condizione di esercizio⁽³¹⁾, del potere di provocare l'annullamento

(28) Si allude qui alla tesi del MORTARA, il quale, configurando anche la giurisdizione amministrativa come una giurisdizione su diritti soggettivi, individuava l'oggetto di essa nel diritto soggettivo del privato alla legittimità dell'attività amministrativa (*Commentario*, etc., cit., vol. I, pag. 463 ss.). La tesi secondo la quale il cittadino avrebbe un diritto soggettivo perfetto alla legittimità degli atti amministrativi è stata abbandonata, come è noto, dalla dottrina posteriore (Cfr. per tutti: SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 153; fra i primi scritti nello stesso senso, v.: BIAMONTE, *Nota critica sulla nozione di « diritto alla legittimità degli atti della pubblica Amministrazione »*, in *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Napoli 1917, pag. 547 ss.).

(29) Cfr. gli autori citati da CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 255, nota 38; v. *ivi* rilievi critici.

(30) Cfr. una vivace affermazione di questa tesi in *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 113, 114.

(31) La distinzione di cui nel testo si riallaccia evidentemente a quella nozione di potere giuridico che si è accolta nel presente lavoro, e alla sua differenziazione rispetto all'altra nozione della stessa situazione giuridica soggettiva, che è sostenuta più comunemente nella dottrina: cfr. *supra*, pag. 86 ss.

dell'atto stesso; in questo caso, la soluzione della questione che costituirebbe l'oggetto del giudizio, ossia la questione relativa all'esistenza del potere predetto, dipenderebbe dalla soluzione della questione della legittimità dell'atto impugnato; in altri termini, la seconda sarebbe pregiudiziale alla prima. Ora, questa conclusione urta evidentemente contro la teoria, secondo la quale la stessa questione di legittimità dovrebbe costituire l'oggetto del giudizio; e urta ugualmente anche contro la teoria, secondo la quale l'oggetto del giudizio sarebbe dato dalla questione di violazione dell'interesse legittimo, perchè, come si è rilevato precedentemente, l'illegittimità dell'atto non è « causa » di tale violazione, e il suo accertamento non è quindi pregiudiziale all'accertamento di questa.

Le conseguenze che devono necessariamente derivare dall'accoglimento della teoria in parola, per il tema che qui specificamente interessa, rendono evidentemente necessaria una sua valutazione; questa valutazione, però, sembra poter essere compiuta solo alla luce di una serie di considerazioni, che saranno svolte nel paragrafo seguente: per tale ragione, è opportuno rimandare ad allora ogni ulteriore rilievo in argomento.

22. Malgrado che la maggior parte della dottrina, relativa all'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, pur attraverso le vive dispute che ancora l'agitano, possa offrire dei dati relativamente sicuri per tracciare l'ambito di manifestazione della pregiudizialità, non pare possibile tralasciare completamente ogni approfondimento del tema indicato; e ciò, per vari motivi. Anzitutto, delineando in modo meno vago questa nozione, la stessa determinazione dell'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali dovrebbe acquistare una maggiore prospettiva. In secondo luogo, solo procedendo nella direzione indicata, è possibile rafforzare ulteriormente quelle basi già considerate, sulle quali è possibile tentare di delineare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità; e ciò, non

solo perchè, raggiungendo qualche conclusione sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, si potrà accogliere con maggiore sicurezza una delle teorie sopra prospettate; ma anche, e soprattutto, perchè si potrà valutare criticamente quella tesi prima indicata, il cui accoglimento sposterebbe inevitabilmente quel limite che ci proponiamo di tracciare: si potrà così sciogliere una grossa riserva, che altrimenti inciderebbe sulla validità del presente lavoro. Infine, solo mediante una più precisa individuazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, sarà possibile contrapporre alle questioni pregiudiziali di merito, le questioni c.d. meramente processuali, delineando in dettaglio la distinzione tra queste due categorie, e risolvendo così un problema, il cui esame è stato precedentemente rimandato.

In una valutazione della ricchissima letteratura relativa all'argomento dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non può non stupire la relativamente scarsa considerazione in cui sono stati tenuti, al riguardo, i caratteri propri di quel tipo di processo, nel quale il processo amministrativo rientra, in relazione alla tripartizione di categorie, peraltro ben nota ai processualisti.

Malgrado questa scarsa considerazione, sembra, invece, che il contenuto dell'oggetto del giudizio in un dato processo, debba risentire fortemente del tipo di processo, nel quale quello considerato rientra; e, per tale ragione, pare assai opportuno rivalutare tutta la problematica relativa all'oggetto del processo nel giudizio amministrativo, sotto il profilo indicato.

È comune nozione istituzionale che il processo davanti al Consiglio di Stato, come giurisdizione generale di legittimità⁽³²⁾,

(32) Si prescinde esplicitamente, quindi, da quelle ipotesi, non rare nel campo della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, nelle quali il ricorso non si traduce nella impugnazione di un atto amministrativo.

Cfr.: ALBINI, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano 1953, pag. 123 ss.

in quanto tende all'annullamento dell'atto impugnato, ha carattere costitutivo.

È ovvio che la qualificazione del processo amministrativo come un processo di tipo costitutivo, non significa che esso debba, necessariamente, concludersi con una sentenza costitutiva: anche a tacere di una particolarissima ipotesi, la cui genuinità è peraltro controversa in dottrina⁽³³⁾, è comunque evidente che tutte le volte in cui il Consiglio di Stato respinge nel merito il ricorso, la decisione relativa ha il carattere di mero accertamento⁽³⁴⁾.

Considerando, perciò, il processo amministrativo in sede di legittimità, come un processo costitutivo, in quanto, in caso di accoglimento del ricorso, esso si conclude con una pronuncia costitutiva, quale è quella di annullamento dell'atto impugnato,

(33) Nel testo si allude alla ipotesi in cui la pubblica Amministrazione annulli d'ufficio l'atto impugnato, nelle more del giudizio, e lo sostituisca con un altro atto, peraltro identico al primo, e quindi inficiato dagli stessi vizi; è noto come, in questa ipotesi, il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione di cessazione della materia del contendere, sollevata dall'Avvocatura dello Stato (v.: VI sez., 17 ottobre 1950, n. 351, in *Foro amm.*, 1951, I, 3, 50) ed ha senz'altro dichiarato la illegittimità dell'atto annullato d'ufficio; in dottrina, è stato molto autorevolmente prospettato il dubbio della configurabilità, in questo caso, di una sentenza costitutiva, giacchè l'effetto tipico di questa, e cioè la soppressione dell'atto impugnato, non poteva più prodursi; per tali ragioni, è stata avanzata, sia pure con una certa cautela, l'ipotesi che nella fattispecie in esame il Consiglio di Stato possa solo emettere una pronuncia meramente dichiarativa; quella pronuncia che, come si vedrà più avanti, deve comunque ravvisarsi nella sentenza costitutiva, almeno secondo l'orientamento attualmente dominante (nel senso che, nel caso indicato, la pronuncia del Consiglio di Stato può avere solo carattere meramente dichiarativo: GUCCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, III, 121; per rilievi critici contro questa tesi v.: ALBINI, *Le sentenze dichiarative*, etc., cit., pag. 18 ss.; v. anche, sul tema, l'ampio studio di CASETTA, il quale giunge alla conclusione negativa dell'ammissibilità di pronunce meramente dichiarative del Consiglio di Stato (*Osservazioni sulla ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, pagina 146 ss.).

(34) È evidente che, sotto il profilo considerato nel testo, non assume la minima rilevanza la eventuale pronuncia accessoria di condanna al pagamento delle spese processuali.

nel tracciare i lineamenti di esso, e del suo oggetto del giudizio, non si possono non riflettere tutti i dubbi e le incertezze che ancor oggi permangono, riguardo i contorni del processo costitutivo, e del suo oggetto del giudizio.

Il tema, *more solito*, ha trovato le sue più complete analisi nella dottrina del processo civile: si tratta di elaborazioni di cui anche lo studioso del processo amministrativo deve tenere adeguato conto, per quanto, come meglio si vedrà successivamente, sembra che le conclusioni cui si deve arrivare nel nostro campo siano, almeno parzialmente, assai diverse dalle corrispondenti conclusioni cui è pervenuta la dottrina dominante riguardo al processo civile.

Ad ogni modo, la problematica relativa al tema indicato, incide sull'argomento che qui interessa con una profondità assai maggiore di quella che non appaia a prima vista. Infatti, come si è accennato nella prima parte del presente lavoro, la decisione con la quale il giudice risolve la questione che costituisce l'oggetto del giudizio, si traduce in un atto di mero accertamento, sull'esistenza di quei presupposti, che determinano il contenuto di un altro elemento nella sentenza: l'elemento che non ha più il carattere di mero accertamento. Per tali ragioni, non pare dubbio che la decisione relativa all'oggetto del giudizio, si muove solo su un piano logico, ed è appunto su questo piano che essa si contrappone agli accertamenti meramente pregiudiziali. Muovendo da queste considerazioni, prima ancora di esaminare quale possa essere il contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, non pare un fuor d'opera analizzare brevemente in che senso si può parlare di un accertamento relativo, in una sentenza la quale, per definizione, ha carattere costitutivo.

In tal modo, si entra senz'altro nel vivo della problematica concernente i caratteri essenziali del processo costitutivo: la dottrina, infatti, fin dai suoi primi tentativi di individuare tali caratteri, ha incontrato non lievi difficoltà, proprio nel conci-

liare nel tipo di processo in esame, il momento dell'accertamento, con l'effetto costitutivo proprio di esso.

La questione è stata impostata partendo da un angolo visuale particolare, strettamente collegato con l'orientamento dominante in dottrina, all'epoca in cui il problema è stato sentito per la prima volta, per quel che riguarda l'essenza e il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale.

Infatti, come si è già visto nella prima parte del presente lavoro ⁽³⁵⁾, in un periodo di tempo che può essere indicato, *grosso modo*, facendo riferimento alla fine del secolo scorso, e agli inizi di questo, la concezione assolutamente dominante sull'ultimo tema indicato era nel senso di ravvisare nel provvedimento giurisdizionale un atto di mero accertamento, mediante il quale si specificherebbe la volontà della norma astratta, in relazione alla singola fattispecie concreta portata all'esame del giudice; è evidente come, partendo da una simile premessa, dovesse riuscire tutt'altro che agevole la sistemazione dogmatica di un tipo di processo, il quale, fin nella sua stessa denominazione, si pone con caratteri antitetici a quelli del mero accertamento, e alla cui sentenza si ricollegano, per definizione, autonomi effetti giuridici.

Il problema si pose in modo urgente, quando la dottrina individuò nella disciplina positiva alcune ipotesi di sentenze, nei confronti delle quali si doveva necessariamente rinvenire il collegamento indicato; e queste ipotesi sono quelle, tradizionali, che esistono anche oggi; in particolare, ed è il caso che qui interessa in modo specifico, la sentenza di annullamento di un atto invalido.

Da quando la dottrina prese coscienza del problema, fiorì su di esse una letteratura che, specie nei primi tempi, fu imponente ⁽³⁶⁾; si iniziò, così, una lunga serie di tentativi, volti

⁽³⁵⁾ Cfr., *supra*, pag. 24 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. le ampie citazioni in Rocco (ALFR.), *La sentenza civile*, cit., pagina 144, nota 24.

a delineare i caratteri del nuovo tipo di processo, tenendo conto, da un lato, delle sue particolarità, ma, d'altra parte, procedendo estremamente cauti per le conseguenze che essi stessi potevano presentare sotto il profilo generale della natura della funzione giurisdizionale, e della struttura dell'atto mediante la quale essa viene esplicitata.

Volendo rintracciare le fasi fondamentali della complessa evoluzione dottrinale, sembra che si debba attribuire allo HELLWIG il merito della prima costruzione completa del processo costitutivo, come un tipo autonomo di processo ⁽³⁷⁾, sia pure sulla base di notevoli spunti in tal senso della dottrina precedente. Secondo tale autore, la sentenza costitutiva presenterebbe questa caratteristica peculiare: che essa non consisterebbe in un mero accertamento della situazione giuridica preesistente, ma, al contrario, si porrebbe come un atto giuridico, da cui scaturirebbero effetti autonomi e specifici, in relazione alle singole ipotesi di processo costitutivo ⁽³⁸⁾.

Questa tesi coglieva senz'altro in modo assai netto la particolarità del processo in esame, ma, d'altra parte, nello sforzo di dare a questa la massima rilevanza, non teneva affatto conto dell'orientamento generale, secondo il quale la funzione giurisdizionale costituirebbe una funzione di mero accertamento di situazioni giuridiche preesistenti all'intervento del giudice; è evidente, infatti, che con la tesi dello HELLWIG, una concezione del genere diveniva del tutto inaccettabile. Per tale ragione, si comprende perfettamente come questa tesi provocasse la vivace reazione dei sostenitori dell'orientamento allora assolutamente dominante, per quel che riguarda il problema di più vasta portata.

D'altra parte, questa reazione doveva muovere da basi necessariamente limitate, in quanto essa non poteva spingersi fino

⁽³⁷⁾ Cfr., soprattutto: *Anspruch und Klagerecht*, in *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess*, 5^o Band, Jena 1900, pag. 443 ss.

⁽³⁸⁾ *Anspruch und Klagerecht*, cit., specie pag. 447.

a negare l'esistenza di quel dato positivo, prima indicato, dal quale è nata tutta la problematica relativa al processo costitutivo.

La sistemazione dogmatica di questo tipo processo, è stata trovata per lungo tempo, sulla base di una tendenza, la quale ha tentato di conciliare le due esigenze contraddittorie precedentemente esposte, nel modo che segue. Da un lato, si è mantenuto fermo il principio per cui tutte le sentenze, e, perciò, anche quelle c.d. costitutive, consisterebbero in un atto di mero accertamento di una determinata situazione giuridica, preesistente all'intervento del giudice; d'altro canto, le sentenze c.d. costitutive, sarebbero delle sentenze, consistenti in un accertamento, al quale la legge, direttamente, ricollegerebbe determinati effetti di modificazione della situazione giuridica preesistente⁽³⁹⁾; in altri termini, la sentenza di tipo costitutivo si porrebbe, nei confronti dei suoi effetti tipici, non come un atto giuridico, ma come un mero fatto giuridico⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾. Diciamo subito che il collegamento tra sentenza costitutiva, ed effetti che ne conseguono, non è sempre individuato allo stesso modo dai vari autori⁽⁴²⁾; ma si tratta di differenze che verranno esposte nel paragrafo seguente, e che, comunque, non presentano una

⁽³⁹⁾ In Italia, uno dei più vivaci assertori del carattere di mero accertamento anche delle sentenze c.d. costitutive fu senz'altro il ROCCO (ALFR.) (*La sentenza civile*, cit., pag. 144 ss.); ma anche in CHIOVENDA può rintracciarsi una analoga affermazione, che però deve essere intesa in senso diverso, come si dirà successivamente (v.: *Principi*, cit., pag. 182).

⁽⁴⁰⁾ In questo senso, v., particolarmente reciso: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 182, 183.

⁽⁴¹⁾ La distinzione tra gli effetti prodotti dalla sentenza come atto giuridico, e effetti prodotti dalla sentenza come fatto giuridico, trova, come è noto, in CALAMANDREI la sua più limpida e dettagliata esposizione (*Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. III, Padova 1934, pag. 131 ss.; tale autore, peraltro, afferma che la sentenza costitutiva opera come atto, e non come fatto giuridico (*op. ult. cit.*, pag. 134); per una più precisa indicazione della teoria del CALAMANDREI sulla struttura della sentenza costitutiva, v., *infra*, nel testo.

⁽⁴²⁾ Ben diversa, per esempio, è la posizione del CHIOVENDA, da quella di ROCCO; su tale differenza, v., *infra*, nel testo, e nelle note 75, 76.

grande rilevanza se si esamina il tema dall'angolo visuale che qui interessa, pur essendo esse assai importanti, in sede di completa ricostruzione dell'istituto.

Comunque, se si afferma che la struttura della sentenza costitutiva non differisce in nulla dalla struttura delle sentenze degli altri tipi, è ragionevole porsi il dubbio se è ancora possibile parlare del processo costitutivo, e della sentenza che lo conclude, come un tipo autonomo di processo e di sentenza; il problema, pur non essendo certo ignoto alla dottrina anteriore⁽⁴³⁾, è stato posto nettamente, infine, dal CALAMANDREI, il quale lo ha riso-

⁽⁴³⁾ La disputa sulla soluzione del problema di cui nel testo è rimasta accesa assai a lungo, e, invero, si è sopita solo quando i termini del problema stesso sono stati radicalmente mutati, in seguito alla evoluzione dottrinale sulla struttura della sentenza costitutiva; questo fenomeno si spiega, sulla base del rilievo per cui non era facile trovare una differenziazione per tutti accettabile, della sentenza costitutiva nei confronti delle sentenze di altro tipo, se si attribuiva ad essa l'esclusivo carattere di mero accertamento. Comunque, ancora nel 1917, CALAMANDREI dichiarava di non prendere posizione «...nel dibattito ancor vivo sulla esistenza di una categoria di sentenze costitutive...» (*Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, cit., ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova 1930, pag. 247). Per quel che riguarda la posizione assunta sul problema in esame dai vari autori, si può ricordare, anzitutto, la posizione decisamente negativa nei confronti della sentenza costitutiva come tipo autonomo di provvedimento giurisdizionale, la quale è stata sostenuta dal ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile*, cit., pag. 144 ss. Meno deciso è l'atteggiamento del CHIOVENDA, il quale, per un verso, afferma che «Anche la sentenza costitutiva attua mediante l'accertamento una preesistente volontà di legge (la volontà che si produca un mutamento giuridico): è quindi identica in ciò alle altre sentenze (di condanna e di accertamento); e non ha nulla di eccezionale». (*Principi*, cit., pag. 182); ma, d'altro canto, lo stesso autore tratta delle sentenze costitutive come di una autonoma categoria di sentenze (*op. ult. cit.*, pag. 181 ss.).

Oggi il problema ha perso molto della sua attualità: anzitutto, come si è già notato, la dottrina (v. nel testo), ha assunto un orientamento riguardo alla struttura della sentenza costitutiva, il quale non può non portare, in modo meramente consequenziale, ad una netta differenziazione della sentenza di tale tipo dalle sentenze degli altri due tipi. In secondo luogo, il codice civile attualmente vigente prevede espressamente la categoria delle sentenze costitutive, di cui, anzi, precisa gli effetti (art. 2908), e l'interprete difficilmente può prescindere da un così chiaro dettato legislativo.

Da notare, infine, come le difficoltà attraverso le quali si è precisata la categoria delle sentenze costitutive con un carattere di autonomia, non sia stato affatto un fenomeno limitato all'ambito della dottrina italiana, ma, al contrario, esso sia stato comune anche alla dottrina di altri paesi. Per quel che riguarda la Germania, per

lutamente risolto in senso negativo, affermando: se « ... il mutamento giuridico è perfetto in virtù dell'accertamento, il quale, come si sa, dichiara ma non crea il diritto, vuol dire che la costituzione dell'effetto giuridico preesiste all'accertamento, il che equivale a negare l'esistenza delle sentenze costitutive » (44). E proprio sulla base di questa conclusione negativa, il CALAMANDREI avanzò la sua nota teoria, per spiegare in altro modo la struttura della sentenza costitutiva, salvando, così, l'autonomia di essa.

Prima ancora, però, di esporre tale teoria, gioverà svolgere qualche rilievo, riguardo alla fondatezza della tesi, per cui non sussisterebbe una sufficiente caratterizzazione del processo costitutivo, se la relativa decisione consistesse in un atto di mero accertamento, secondo la tendenza precedentemente delineata. Tale caratterizzazione, infatti, sembra, al contrario, esistere anche in tale ipotesi, ove l'effetto costitutivo proprio della sentenza, non preesista a questa, ma ne consegua, col meccanismo dell'effetto *ex lege*: è ovvio, d'altronde, che un fenomeno del genere è possibile, quando l'accertamento non verta sull'effetto tipico della sentenza, che ancora non si è verificato al momento dell'intervento del giudice, ma, al contrario, esso concerne i presupposti, sulla cui base tale effetto si attua. E poichè non a tutte le sentenze consegue l'effetto costitutivo indicato, quando ciò avviene, pare che esso individui con sufficiente autonomia un tipo di sentenza, e il tipo di processo, mediante il quale questa viene emanata (45).

Ad ogni modo, ogni questione relativa alla esattezza del ri-

es., di tali difficoltà vi sono indubbie tracce in numerosi testi legislativi, tra cui il BGB attualmente vigente; in argomento, v., da ultimo: NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit., in *ArchCivPr*, 154° Band, pag. 273, 274.

(44) *Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, cit., pag. 248, 249; tale tesi è stata ripresa di recente, citando il passo del CALAMANDREI riportato nel testo, dal MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., pag. 569, 570.

(45) Deve qui essere ricordato il limpido pensiero del CARNELUTTI, il quale, affermando l'autonomia della categoria degli accertamenti c.d. costitutivi, nota che questi intervengono quando l'effetto, che la legge ricollega al verificarsi di un dato

lievo che precede sembra superata dalla considerazione che la teoria, secondo la quale anche la sentenza costitutiva consisterebbe solo in un atto di mero accertamento, oggi non può più essere accolta; infatti, allo stato attuale della elaborazione dottrinale della struttura del provvedimento giurisdizionale, l'orientamento che riscuote la maggioranza dei consensi è nettamente disancorato dalla concezione della sentenza come atto di mero accertamento; e una tendenza del genere pare debba trovare proprio a proposito della sentenza costitutiva una delle sue più cospicue conferme, in quanto il legame tra sentenza costitutiva stessa, e il suo effetto tipico sembra essere assai più stretto di quello che sarebbe delineabile sulla base del meccanismo dell'effetto *ex lege*: la sentenza costitutiva, nei confronti dei suoi effetti, si pone come un vero e proprio atto, fonte di essi, e non solo come un mero fatto, cui la legge li ricollega; sotto questo profilo, la costruzione dello HELLWIG merita senz'altro di essere ripresa.

È evidente che, per delineare i caratteri della sentenza costitutiva nel senso indicato, i punti possibili di partenza sono due: o si vuole tener ferma la premessa, secondo la quale l'essenza della funzione giurisdizionale sta, comunque, nel mero accertamento, anche se nella sentenza è da ravvisare un ulteriore elemento che non si esaurisce in questo; e allora si deve rinvenire nella sentenza costitutiva un elemento, non di mero accertamento, e perciò non avente natura giurisdizionale. Oppure, si può negare del tutto il collegamento tra funzione giurisdizionale ed accertamento, ed allora il campo è libero per configurare la sentenza costitutiva come un atto completamente antitetico all'accertamento, ma ciò nonostante pienamente giurisdizionale.

Si tratta di un dilemma, le cui alternative sono state ambedue sostenute dalla dottrina.

fatto, non si verifica se tale fatto non è accertato giurisdizionalmente (v., da ultimo: *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Roma 1956, vol. I, pag. 33 ss.).

La prima di queste si trova affermata nella notissima tesi del CALAMANDREI, secondo la quale nella sentenza di tipo costitutivo si dovrebbero individuare due elementi: il primo, si esaurirebbe nella verifica della esistenza dei presupposti voluti dalla legge, perchè il giudice operi la modificazione giuridica tipica della sentenza in parola: tale elemento si risolverebbe in un mero accertamento, ed avrebbe natura pienamente giurisdizionale. Col secondo elemento della sentenza, invece, il giudice opererebbe la modificazione giuridica voluta dalla legge in presenza dei presupposti previamente accertati; tale elemento non consisterebbe più, evidentemente, in un mero accertamento, ma avrebbe, al contrario, carattere costitutivo: per tale ragione, si dovrebbe escludere la sua natura giurisdizionale, ma sarebbe piuttosto inquadrabile nell'ambito dell'attività sostanzialmente amministrativa⁽⁴⁶⁾; più precisamente, nell'ambito dell'attività di giurisdizione volontaria, la quale, secondo il CALAMANDREI, avrebbe, appunto, tale carattere⁽⁴⁷⁾.

In questa tesi del CALAMANDREI sono assai chiare le tracce di un'altra tesi, che pure nel CALAMANDREI stesso ha trovato uno dei suoi più vivaci assertori, come si è precedentemente visto: quella tesi, cioè, secondo la quale non si potrebbe ravvisare nei provvedimenti giurisdizionali solo un mero accertamento, ma accanto a questo dovrebbe sempre trovarsi anche un elemento di carattere imperativo⁽⁴⁸⁾.

Se si tiene conto di questa premessa, può allora stupire che quell'elemento della sentenza costitutiva, che non si esaurisce

⁽⁴⁶⁾ CALAMANDREI, *Limiti tra giurisdizione ed amministrazione*, cit., pag. 246 ss.; dello stesso autore, v., nel medesimo senso: *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. III, Padova 1934, pag. 29; *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, ripubblicato *ivi*, pag. 134; cfr. anche: RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Roma 1926, pag. 43, 44.

⁽⁴⁷⁾ Per citazioni sulla ricca letteratura sulla natura della giurisdizione volontaria, v., *retro*, nota 26, pag. 50.

⁽⁴⁸⁾ Per una esposizione di questa tesi v., *retro*, pag. 25 ss.

in un mero accertamento, sia stato qualificato dallo stesso CALAMANDREI come non giurisdizionale; infatti, da un lato, la tesi secondo la quale nella sentenza sarebbe da ravvisare anche un elemento imperativo, è stata criticata e combattuta, nel senso che nella sentenza, tale elemento non esisterebbe affatto; ma, se se ne ammette l'esistenza, non risulta che sia stato sollevato il problema della sua natura giurisdizionale o meno. E, d'altro canto, una volta ammesso che l'atto mediante il quale viene esplicita la funzione giurisdizionale non si risolve mai, comunque, in un mero accertamento, pare non coerente con questa impostazione, il mantenere rigidamente fermo il collegamento tra funzione giurisdizionale stessa e accertamento, nel senso di fare esaurire quella in questo.

È ovvio che la considerazione che precede ha una validità, la quale, appunto, è strettamente limitata dalla sua stessa premessa, tratta dall'orientamento attualmente dominante in dottrina: e cioè l'impossibilità di risolvere, in ogni caso, la sentenza in un atto di mero accertamento; non si può, peraltro, in questa sede prendere posizione sul problema della esattezza di questa premessa, la quale, come è noto, è stata di recente vivacemente criticata, con dovizia di argomenti, da un insigne autore⁽⁴⁹⁾.

Ad ogni modo, sempre mantenendoci nei binari dell'insegnamento oggi dominante in dottrina, sembra possibile svolgere qualche ulteriore considerazione sul tema in esame, sulla base della tesi del CALAMANDREI precedentemente esposta. Si può, cioè, rilevare come l'esistenza di un elemento imperativo nel

⁽⁴⁹⁾ Questa tesi è stata, come è noto, sostenuta di recente dall'ALLORIO, in alcuni suoi scritti e, soprattutto nel più volte citato: *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*; il pensiero dell'insigne autore, nella sua linea principale, è sinteticamente esposto nella frase, secondo la quale gli atti giurisdizionali (che possono acquistare l'efficacia di giudicato) sono « ...di consueto il risultato finale di un procedimento particolarmente qualificato, denominato processo d'accertamento, la cui solennità, la cui complessità, la cui gradualità rappresentano la giustificazione politica dell'effetto dichiarativo... » (*Saggio polemico sulla « giurisdizione » volontaria*, cit., ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., vol. II, pag. 33).

provvedimento giurisdizionale, possa essere soprattutto individuata nelle sentenze di condanna; nelle sentenze costitutive, pare che tale elemento possa essere vantaggiosamente sostituito da altro elemento, avente diversa natura: quell'elemento, cioè, da cui, propriamente, scaturisce l'effetto specifico della sentenza in parola; si potrebbe allora concludere come il principio secondo il quale nei provvedimenti giurisdizionali decisori si dovrebbe ravvisare una duplicità di elementi, si atteggi in modo diverso, rispettivamente, nelle sentenze di condanna, e in quelle costitutive: in ambedue i casi, vi è un elemento identico, consistente in un accertamento, il quale verte sull'esistenza di quei presupposti, cui la legge ha vincolato il contenuto del secondo elemento: la condanna, nell'un caso, la pronuncia propriamente costitutiva, nell'altro; e questo secondo elemento, il quale si fonde comunque col primo, nel formare il provvedimento giurisdizionale nel suo complesso, poichè ha natura diversa, differenzia in modo corrispondente sentenza di condanna e sentenza costitutiva.

Ma la duplicità di elementi nella sentenza è respinta non solo da chi afferma che la funzione giurisdizionale si esaurisce nel mero accertamento, ma anche da chi svincola completamente quella da questo: è la tesi, la quale è stata vivacemente sostenuta, di recente, dal FAZZALARI, e che è stata precedentemente esposta⁽⁵⁰⁾; la sua applicazione all'ipotesi che qui interessa, comporta che nella sentenza costitutiva si dovrebbe ravvisare solo quell'elemento, mediante il quale il giudice produce la modificazione giuridica tipica della sentenza stessa⁽⁵¹⁾; in altre parole, non esisterebbe nella sentenza costitutiva, come, del resto, in ogni altra sentenza, un momento che si risolve nel mero accertamento.

Al di là di ogni qualificazione, come avente natura giuri-

⁽⁵⁰⁾ Cfr., *supra*, pag. 28, 29.

⁽⁵¹⁾ FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 139, 140; v. anche la importante nota n. 74, a pag. 163.

sdizionale, o meno, di determinati elementi della sentenza, la differenza che è percepibile tra la tesi del CALAMANDREI, e quella del FAZZALARI, può essere così indicata: mentre per il primo l'accertamento dei presupposti, voluti dalla legge perchè il giudice attui la modificazione giuridica, sarebbe un elemento della sentenza costitutiva, per il secondo tale accertamento sarebbe solo una operazione meramente preliminare all'esplicazione della funzione giurisdizionale propriamente detta, e che si esaurirebbe nella sola attuazione della modificazione giuridica stessa.

Arrivati a questo punto, si deve, adesso, raccogliere le fila, e condensare, in breve, alcuni rilievi sulle possibili incidenze delle varie teorie precedentemente esposte, sul tema che qui specificamente interessa.

Dalle considerazioni svolte nella prima parte del presente lavoro, risulta che in tanto sorge il problema di distinguere le questioni meramente pregiudiziali, dall'oggetto del giudizio, in quanto sia le une come l'altro, costituiscono oggetto di *accertamenti* da parte del giudice; accertamenti che, appunto, trovano nelle due ipotesi una diversa disciplina, per quel che riguarda la competenza del giudice, e l'efficacia di giudicato. Per contro, nessun punto di contatto è possibile, tra gli accertamenti meramente pregiudiziali, e la decisione giurisdizionale, o quell'elemento della decisione giurisdizionale, che non ha un carattere di mero accertamento, perchè, in tal modo, nei due casi, ci si muove su piani completamente differenti.

Sulla base del rilievo che precede, si possono valutare le incidenze delle varie soluzioni della problematica concernente i caratteri del processo costitutivo, e della sentenza che lo conclude, in relazione al limite finale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Tanto se si accoglie l'impostazione che, per semplicità, si dirà classica⁽⁵²⁾, come se si accetta la tesi del CALAMANDREI, è

⁽⁵²⁾ Per una recente adesione alla teoria di CHIOVENDA, v.: SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 304, 305; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, etc.,

indubbio che anche nel processo costitutivo è da ravvisarsi, esclusivamente, o meno, un accertamento giudiziale, il cui oggetto è senz'altro l'oggetto del giudizio in senso tecnico, del processo stesso; e, sotto questo profilo, è assolutamente irrilevante la distinzione, se l'effetto costitutivo, tipico del processo in esame, consegue *ex lege* all'accertamento suddetto, oppure deriva da una pronuncia costitutiva del giudice, la quale trova in esso il suo presupposto. È evidente che, una volta individuata in tal modo l'esistenza dell'oggetto del giudizio, la determinazione dell'ambito della pregiudiziale può procedere col solito metodo, e cioè attraverso l'individuazione del contenuto di tale oggetto.

Il problema va impostato in termini assai diversi, se, viceversa, si accoglie la tesi del FAZZALARI. È assai dubbio che, in tale ipotesi, si possa parlare di oggetto del giudizio in senso tecnico; e ciò, perchè, evidentemente, non è possibile individuare una disciplina dell'accertamento giudiziale relativo, la quale sia differenziata, rispetto a quella degli accertamenti meramente pregiudiziali. Per tali ragioni, non è possibile distinguere un ambito di manifestazione della pregiudizialità, in contrasto col contenuto dell'oggetto del giudizio, e viene a cadere quella contrapposizione, dalla quale la pregiudiziale stessa trae i suoi caratteri essenziali.

Se si accoglie la tesi del FAZZALARI, l'unica distinzione che è afferrabile, nell'attività del giudice, è tracciabile tra tutto il gruppo degli accertamenti meramente logici, e la pronuncia avente carattere costitutivo; e, poichè tutti gli accertamenti precedono tale pronuncia, essi, nel loro complesso, si pongono, in un certo senso, come meramente pregiudiziali rispetto a questa; in tale ipotesi, l'ambito di manifestazione della pregiudiziale dovrebbe comprendere anche il contenuto dell'oggetto del giudizio; ma l'istituto in esame, evidentemente, presente-

cit., pag. 103; in senso contrario, v.: MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., pag. 569, 570.

rebbe dei lineamenti ben diversi da quelli che si è cercato di disegnare nel corso del presente lavoro.

Ad ogni modo, l'evidente portata generale della tesi del FAZZALARI impedisce in questa sede una approfondita valutazione dei suoi fondamenti; qui pare opportuno limitarci ad indicare solo in linea di massima quali sono le conseguenze di una sua accettazione, per quel che concerne il nostro tema. Del resto, non crediamo sia troppo difficile la correzione dei rilievi che seguono, dedicati al limite finale dell'ambito di manifestazione della pregiudiziale nel processo amministrativo, la quale voglia essere operata sulla base del mutamento di prospettiva derivante dall'accoglimento della tesi in parola.

23. La successiva fase di svolgimento del presente lavoro è dedicata alla ricerca del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo.

Partendo dalla premessa, tratta dalla dottrina ancor oggi largamente dominante, secondo la quale nella sentenza di tipo costitutivo si dovrebbe ravvisare, anzitutto, un atto di mero accertamento⁽⁵³⁾, è chiaro che tale accertamento deve vertere su quei presupposti, alla cui esistenza è vincolata la verifica dell'effetto costitutivo, *ex lege*, oppure per opera del giudice.

D'altro canto, non pare dubbio che l'oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza costitutiva sia l'oggetto del giudizio in senso tecnico; ecco dunque che per il raggiungimento dello scopo sopra propostoci, è necessario individuare con maggiore precisione quali siano tali presupposti.

Come si è già visto nella prima parte del presente lavoro, ogni approfondimento dell'argomento relativo al contenuto dell'oggetto del giudizio, viene necessariamente ad incidere sul gravissimo problema dei rapporti tra diritto e processo; anzi, più

(53) Cfr. ALLORIO: « Del principio che il processo costitutivo contenga un momento dichiarativo è difficile, in partenza, dubitare... » (*Saggio polemico sulla « giurisdizione » volontaria*, cit., in *Problemi di diritto*, II, pag. 7).

precisamente, la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio costituisce il profilo centrale della tematica relativa a tale problema.

E, del resto, una ricerca tendente all'individuazione dei presupposti che il giudice deve accertare, e sulla cui base egli pronuncia la sua decisione costitutiva, viene, in ultima analisi, a riguardare il modo mediante il quale una determinata situazione giuridica di carattere sostanziale si riflette nel fenomeno processuale, provocando, appunto, tale decisione giurisdizionale.

È ovvio che da una indagine dedicata al tema indicato, non possono non risultare i lineamenti dell'atteggiarsi della situazione, o delle situazioni giuridiche del privato, sul piano sostanziale, come su quello processuale, nei confronti di un comportamento illegittimo della pubblica Amministrazione.

Nella prima parte del presente lavoro, si è già visto quali siano i profili essenziali della problematica relativa, nei confronti del processo civile; ma non pare dubbio che molte delle considerazioni allora svolte abbiano, di per sè, un ambito di applicazione più generale. Non solo, ma già in quella sede, si sono poste in luce talune implicazioni di tale problematica, le quali tendono inevitabilmente a riprodursi in ogni tipo di processo: di conseguenza, ove sia possibile rintracciare anche nel processo amministrativo, alcuni tratti comuni pure al processo civile, si devono trarre, anche a proposito del primo, quelle necessarie conseguenze che si sono dedotte nei confronti del secondo. Per tali ragioni, è molto semplificato il compito di indicare quei rilievi, inerenti al problema dei rapporti tra diritto e processo nel processo amministrativo, i quali sono necessari per l'ulteriore svolgimento del presente lavoro; l'esposizione di essi risulterà perciò assai spedita, in quanto si baserà molto sulle considerazioni precedentemente svolte, le quali esplicheranno una funzione di integrazione di quanto qui si dirà, che, sotto il profilo indicato, è indispensabile.

Se si valuta lo svolgimento del fenomeno processuale dal

punto di vista dell'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte del competente organo statale, si è già rilevato come la legge disciplini tale esplicazione, soprattutto per quel che riguarda i requisiti, cui è subordinato che essa avvenga, e i requisiti, cui è subordinato che essa avvenga nel modo favorevole alla domanda dell'attore, o nel modo opposto. Per contro, considerando l'atteggiarsi della posizione del privato, i caratteri salienti di questa vengono a disporsi in modo corrispondente a quei vincoli apposti all'esplicazione della funzione giurisdizionale. Ed è mediante questo reciproco intrecciarsi delle varie situazioni giuridiche del privato, e dei momenti vincolati dell'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dell'organo statale, che si delineano i profili di quella problematica che viene richiamata attraverso la contrapposizione dei due termini di diritto (sostanziale), e di processo.

Volendo scegliere l'elemento di tale complesso quadro, da individuare e da disegnare per primo, onde poter disporre attorno a questo tutti gli altri dati, come tessere in uno stesso mosaico, sembra che la scelta debba cadere sulla situazione giuridica che spetta al soggetto, nei confronti della determinazione dell'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa; e ciò, perchè delineare i caratteri di tale situazione non appare soverchiamente difficile, e in tal modo, è possibile rinvenire in breve un buon punto di partenza, per procedere oltre nel senso indicato.

La situazione giuridica in parola deve essere individuata sulla base della ovvia considerazione, secondo la quale al cittadino è attribuito dalla legge, a tutela dei suoi interessi legittimi, il potere di adire la giurisdizione amministrativa. Ora, sembra che i caratteri di tale situazione giuridica coincidano puntualmente con quelli della corrispondente situazione giuridica prima vista a proposito del processo civile: il c.d. potere astratto di agire.

Se si vuole rintracciare il fondamento del potere astratto

di agire davanti alla giurisdizione ordinaria, nell'art. 24 Cost., un argomento di notevole peso a sostegno dell'affermazione precedente può, forse, rinvenirsi nella stessa formulazione del precetto costituzionale: esso, infatti, si riferisce in modo analogo sia al processo civile, come a quello amministrativo, attribuendo a tutti i soggetti il potere di « ... agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi ».

Ma gli argomenti tecnicamente di maggior valore, per l'ascolgimento dell'affermazione precedentemente avanzata, possono, senz'altro, essere dedotti da quella sintetica regolamentazione del processo amministrativo, che è costituita dagli art. 26 ss. del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

Da tutto il complesso della disciplina contenuto in tale testo legislativo, non pare dubbio che a chiunque spetti il potere di ricorrere a quell'organo giurisdizionale; che l'esercizio di questo potere deve avvenire in determinate forme; deve rispettare determinati termini; deve essere compiuto in presenza di determinati requisiti, principalissimo tra i quali, l'interesse a ricorrere: in breve, tale esercizio deve avvenire con l'osservanza di tutti quelli che si possono definire come i presupposti processuali, intendendo questo termine nella sua accezione più lata.

Per contro, ove l'esercizio del potere di ricorrere alla giurisdizione amministrativa sia compiuto ritualmente, tempestivamente, etc., con esso si costituisce, per l'organo giurisdizionale, il dovere di decidere nel merito del ricorso; e la costituzione di questo obbligo non è condizionata dall'esistenza di nessun ulteriore requisito, oltre a quelli prima indicati; in particolare, non è, evidentemente, condizionata dalla fondatezza, nel merito, del ricorso stesso, che, anzi, questa deve, appunto, costituire l'oggetto dell'accertamento giudiziale di merito.

Per tali ragioni, al potere di ricorrere davanti alla giurisdizione amministrativa deve attribuirsi lo stesso carattere dell'astrattezza, con il quale deve essere delineato il potere di agire davanti alla giurisdizione ordinaria. E la riscontrata identità

di natura tra questi due poteri, consente di applicare al problema dei rapporti tra diritto e processo, nel processo amministrativo, tutta una serie di considerazioni, già precedentemente svolte a proposito dell'analogo problema, nel processo civile.

Anzitutto, sembra che l'esercizio del potere di ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa, determini l'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dell'organo corrispondente, mediante lo stesso meccanismo prima visto per il processo civile: tale esercizio, cioè, si pone come presupposto, cui per legge è vincolata positivamente e negativamente l'esplicazione stessa.

L'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa è vincolata negativamente dalla legge, nel senso che essa non può avvenire, se non in presenza dell'esercizio del potere di ricorso; tale vincolo deve essere apprezzato, naturalmente, come indice dell'esistenza di un interesse statale, a che la funzione giurisdizionale amministrativa venga esplicitata non d'ufficio, ma solo su ricorso di parte.

Sul valore che assume, in via generale, l'attribuzione al privato, del potere di creare il presupposto, cui è vincolata l'esplicazione della funzione giurisdizionale, non occorre aggiungere altro, a quanto precedentemente scritto⁽⁵⁴⁾. Solo, giova svolgere qualche rilievo, sulle conseguenze che tale attribuzione determina, in sede di individuazione dei caratteri della giurisdizione amministrativa.

L'aver rimesso al privato stesso il potere di provocare l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa, costituisce un elemento di importanza fondamentale, di collegamento tra la funzione stessa, e l'interesse del soggetto; per tale ragione, pare che non si possa dubitare che la giurisdizione amministrativa tuteli, anzitutto, interessi privati, perchè, altrimenti, non si capirebbe come mai il privato sia l'unico arbitro

(54) Vedi, *supra*, pag. 111.

della decisione se provocare l'esplicazione di essa, oppure no. Rimane, è vero, la circostanza, per cui, come si vedrà meglio in seguito, l'oggetto del giudizio amministrativo ha natura obbiettiva, e non soggettiva; ma, eventualmente, è proprio attraverso la sintesi dei due opposti elementi, subbiettivo l'uno, e obbiettivo l'altro, che è possibile delineare quei caratteri della giurisdizione amministrativa, sui quali tanto si è dibattuto in dottrina. Ma di ciò si dirà più avanti.

L'esercizio del potere di ricorso condiziona, però, l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa anche sotto un profilo positivo: tale esercizio, cioè vincola questa esplicazione, anche nel senso che, ove quello sussista, questa *deve* avvenire.

Si è già rilevato, a proposito del processo civile, come vi sia un fortissimo interesse statale, a che la funzione giurisdizionale venga esercitata, tutte le volte in cui il soggetto eserciti ritualmente il suo potere di agire; e ciò, perchè solo in tal modo è possibile perseguire quello specifico fine statale, al quale è preordinata l'intera funzione giurisdizionale, che consiste nel dirimere le liti.

Analogo interesse, e analogo fine statale, è possibile rinvenire anche a proposito del processo amministrativo: l'unica differenza che si può percepire nei due casi, è data dalla circostanza che la giurisdizione civile dirime liti che sono sorte tra soggetti privati, mentre la giurisdizione amministrativa dirime liti che sono sorte tra cittadini e pubblica Amministrazione. Ma, d'altra parte, non si vede per quale ragione lo Stato dovrebbe avere un interesse alla risoluzione in via giurisdizionale delle seconde, che sia minore rispetto a quello della risoluzione delle prime.

Per tale ragione, si comprende come mai la legge abbia vincolato positivamente l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa all'esercizio del potere di ricorso da parte del privato.

Le considerazioni che precedono permettono di chiarire completamente i caratteri dell'atteggiarsi della posizione giuridica del soggetto, nei confronti del vincolo apposto dalla legge alla esplicazione della funzione giurisdizionale, determinando il requisito in presenza del quale questa può e deve avvenire.

Si è già individuata l'esistenza di un potere astratto di ricorso, con caratteri che, sotto il profilo che qui interessa, possono essere definiti analoghi a quelli del potere astratto di agire davanti alla giurisdizione civile.

Ma, riprendendo delle considerazioni già svolte nella prima parte del presente lavoro ⁽⁵⁵⁾, tale situazione giuridica attiva non esaurisce l'intero atteggiarsi della posizione del privato, nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale statale neppure per quel che riguarda il primo aspetto di tale esplicazione, regolato dalla legge: il vincolo che attiene al requisito che questa richiede, perchè essa possa e debba avvenire.

Infatti, mediante l'esercizio del potere di ricorso, il privato può solo porre in essere il presupposto della esplicazione della funzione giurisdizionale; rimane, però, ancora da delineare l'atteggiarsi della posizione del privato, nei confronti del *dover* effettuarsi di questa esplicazione, una volta che tale presupposto sia venuto in essere.

Il vincolo dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, all'esistenza di questo presupposto, voluto dalla legge, si traduce, tecnicamente, in una limitazione apposta all'esercizio da parte del giudice, della funzione stessa; ora, come già si ebbe occasione di notare ⁽⁵⁶⁾, la funzione non è altro che un potere, il cui esercizio è, appunto, per qualche aspetto, vincolato; per tale ragione, la posizione del privato, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, una volta che questi abbia esercitato il suo potere di ricorso, si atteggia secondo i caratteri di quella situa-

⁽⁵⁵⁾ Vedi, *supra*, pag. 104, 105.

⁽⁵⁶⁾ Vedi, *supra*, pag. 83, 84.

zione giuridica soggettiva, che risulta dall'apposizione di un vincolo ad un potere altrui: l'interesse legittimo.

In altri termini, anche per il processo amministrativo, si deve arrivare alla stessa conclusione già prima vista, a proposito del processo civile: e, cioè, che la posizione del privato, nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda la disciplina di questa, in relazione al presupposto, in presenza del quale può e deve avvenire, si scinde in due distinte situazioni giuridiche soggettive: il potere di porre in essere tale presupposto (potere astratto di ricorso), e l'interesse legittimo a che tale esplicazione della funzione giurisdizionale avvenga, una volta posto in essere il presupposto suddetto.

Ma, come nel processo civile, anche nel processo amministrativo queste due situazioni giuridiche soggettive non possono esaurire tutto l'atteggiarsi della posizione del privato, nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale.

È da rilevare, infatti, come la disciplina di questa esplicazione, che attiene al suo vincolo all'esistenza del presupposto indicato, non esaurisca, evidentemente, l'intera regolamentazione della esplicazione stessa: rimane, soprattutto, da delineare, la regolamentazione relativa al modo di questa esplicazione, oppure, il che è lo stesso, la regolamentazione del contenuto del provvedimento, mediante il quale essa avviene, in relazione al merito della domanda dell'attore: da quanto sin qui detto, nessuna indicazione risulta, circa quell'elemento, in base al quale stabilire se tale provvedimento deve accogliere, oppure respingere la domanda stessa. Ed è proprio dalla disciplina della esplicazione della funzione giurisdizionale, sotto questo profilo, che risulterà una terza situazione giuridica del soggetto, la quale completa l'atteggiarsi della posizione di questi, nei confronti di detta esplicazione.

Non sembra che occorra spendere molte parole, per dimostrare come nessuna delle due situazioni giuridiche soggettive già precisate possa determinare il modo di esplicazione della

funzione giurisdizionale, se cioè, essa deve avvenire nel senso di accogliere la domanda del ricorrente, oppure nel senso di respingerla.

Converrà, comunque, ribadire, in particolare questa affermazione, per quel che riguarda il potere astratto di ricorso: e ciò, per il ricordo di tutta quella polemica, il cui contenuto è già stato esposto a proposito della problematica dell'azione nel processo civile, e che concerne, appunto, i caratteri e la funzione del potere astratto di agire in quel tipo di processo.

È chiaro, comunque, che se si disegna il potere di ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa, con gli stessi caratteri del potere astratto di agire davanti alla giurisdizione ordinaria civile, la sua esistenza, la ritualità e la tempestività del suo esercizio, la contemporanea presenza di quegli altri requisiti voluti dalla legge (interesse ad agire, etc.), in breve: la sussistenza di tutti i presupposti processuali, rileva solo per la determinazione del dovere del giudice di esaminare e decidere il merito del ricorso: nulla di più, e nulla di meno di questo, è provocato dai requisiti suddetti. Se così non fosse, si dovrebbe, allora, negare il carattere di astrattezza, il quale, invece, come si è visto, è essenziale del potere di ricorso davanti alla giurisdizione amministrativa.

Il fattore di determinazione del contenuto del provvedimento decisorio di merito, deve essere ricercato, perciò, anche nel processo amministrativo, al di fuori delle prime due situazioni giuridiche soggettive già individuate; di più: esso deve essere ricercato anche al di fuori dell'intero fenomeno processuale.

Infatti, si tratta, nè più nè meno, di rinvenire il presupposto del contenuto del provvedimento, mediante la cui emanazione si esplica la funzione giurisdizionale; del provvedimento, cioè, in cui sbocca, e con cui si conclude l'intero processo; ora, non si deve dimenticare che il processo non è mai fine a se stesso, ma, al contrario, si svolge in funzione di tutela di qualche cosa che ne rimane al di fuori: il diritto sostanziale; e, per tali ragioni,

è nel diritto sostanziale stesso che deve essere ricercato quel fattore di determinazione suddetto.

Anche qui, occorre richiamare quanto già detto nella prima parte del presente lavoro, a proposito del vincolo del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, al diritto sostanziale ⁽⁵⁷⁾; si deve, in particolare, ricordare che tale vincolo è attuato mediante il meccanismo per cui l'esistenza di una data situazione giuridica sostanziale, è considerata dalla legge come il presupposto del contenuto del provvedimento decisorio di merito: ossia, essa costituisce un requisito, che vincola l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Lo stesso fenomeno pare sia da ravvisare anche nel processo amministrativo; non solo: ed anche nel processo amministrativo, si deve rinvenire un fortissimo interesse statale, a che la funzione giurisdizionale venga esplicata in base alle norme dell'ordinamento sostanziale; e tale interesse è dovuto alle identiche ragioni precedentemente esposte a proposito del processo civile ⁽⁵⁸⁾.

Poichè il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale è vincolato alla esistenza della situazione giuridica sostanziale indicata, sembra che anche nei confronti di tale modo di esplicazione, la posizione giuridica del soggetto si atteggi con i caratteri di quella situazione soggettiva, che risulta dall'apposizione di una limitazione all'esercizio di un potere altrui: l'interesse legittimo. E questa conclusione può essere sostenuta ulteriormente, anche con la considerazione che a tale interesse del privato, sovrasta sempre l'interesse dello Stato, avente analogo contenuto, che è stato adesso individuato.

In definitiva, anche nel processo amministrativo, l'interesse legittimo del privato, a che il giudice decida secondo le norme di diritto sostanziale, costituisce la terza situazione giuridica soggettiva da delineare; e tale interesse, unitamente all'altro in-

⁽⁵⁷⁾ Vedi, *supra*, pag. 101, 102.

⁽⁵⁸⁾ Vedi, *supra*, pag. 112.

teresse legittimo, a che la funzione giurisdizionale (di merito) venga esplicata, in presenza del suo presupposto, e al potere di porre in essere questo presupposto, pare esaurire nel suo multiforme atteggiarsi, la posizione del soggetto nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa.

Questi, i lineamenti essenziali, e, comunque, tracciati in maniera estremamente schematica, della problematica relativa ai rapporti tra diritto sostanziale e processo, per quel che riguarda il processo amministrativo.

Si tratta, adesso, di trarre le conseguenze da quanto sin qui detto, per quel che concerne il problema della determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Risulta chiaro, ormai, che l'oggetto del giudizio di merito, nel processo amministrativo, è costituito da quella situazione giuridica sostanziale, che, dalla legge, è considerata come il presupposto del provvedimento decisorio di merito in tale processo; e, sotto questo profilo, a nulla rileva se l'accertamento relativo è contenuto nella stessa sentenza, accanto alla pronuncia costitutiva propriamente detta, oppure ne costituisce un mero antecedente, rimanendone al di fuori. X

Per tale ragione, devono considerarsi pregiudiziali in senso logico, nel processo amministrativo, tutti quegli accertamenti, di fatto e di diritto, sulla cui base il giudicante è in grado di accertare l'esistenza della situazione giuridica suddetta.

Tale situazione giuridica deve esser ancora individuata: e questo è lo scopo che ci si propone di raggiungere nel paragrafo seguente.

Intanto, preme svolgere due considerazioni, che derivano dai risultati sin qui raggiunti.

Secondo la prima di tali considerazioni, l'affermazione per cui l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, è costituito da una situazione giuridica di diritto sostanziale, esclude che tale oggetto consista, per contro, nella semplice affermazione

della sua esistenza, o, più in generale, abbia un carattere meramente formale: perciò, e per le stesse ragioni di fondo, per le quali si pervenne alla stessa conclusione, a proposito del processo civile, si deve escludere, anche per il processo amministrativo, l'attendibilità di quei recenti orientamenti verso il carattere formale dell'oggetto del giudizio, che sono propri della dottrina tedesca, e che già nella prima parte del presente lavoro si ebbe occasione di valutare criticamente ⁽⁵⁹⁾.

La seconda considerazione attiene, viceversa, alla profonda distinzione che è da farsi, tra gli accertamenti che il giudice deve compiere, e che hanno per oggetto i c.d. presupposti processuali, e l'accertamento giudiziale propriamente detto, che riguarda l'oggetto del giudizio di merito.

Tale profonda distinzione è strettamente consequenziale all'altra, e altrettanto profonda distinzione che si è tracciata, tra i presupposti che condizionano l'esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso che determinano se essa deve avvenire oppure no, nei confronti del merito della domanda dell'attore; e il presupposto che condiziona il modo di esplicazione della funzione stessa.

I presupposti processuali hanno il carattere che risulta dalla loro denominazione, perchè vertono su entità giuridiche che hanno rilevanza solo nell'ambito del processo: il potere di ricorso, che, appunto, è una situazione giuridica soggettiva che si esaurisce nel processo; le modalità del suo esercizio, e così via. E, per tale ragione, gli accertamenti relativi hanno, anche essi, una rilevanza limitata al processo, in quanto sono compiuti dal giudice, al solo fine di determinare se ricorrano i presupposti, in presenza dei quali egli può e deve esplicare la sua funzione nel merito del ricorso.

Per contro, l'oggetto del giudizio di merito è una situazione

⁽⁵⁹⁾ Vedi, *supra*, pag. 117 ss. Cfr., però, l'opinione del BENVENUTI, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, come, del resto, nel processo civile, sarebbe costituito da un'« affermazione »; tale autore si riaccosta, evidentemente, alle tendenze astrattiste (*L'istruzione*, cit., pag. 50 ss.).

giuridica sostanziale; e, correlativamente, l'accertamento su di essa non si esaurisce nel processo, ma incide, a sua volta, nel diritto sostanziale.

Per tali ragioni, anche nel processo amministrativo è da distinguere nel modo più completo, tra le questioni c.d. meramente processuali, che insorgono, appunto, nell'accertamento dei presupposti processuali, e le questioni pregiudiziali di merito la cui soluzione condiziona l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio, e, quindi, in definitiva concorre a determinare il contenuto del provvedimento decisorio di merito. Anche nel processo amministrativo, sussistono, cioè, le stesse ragioni già precedentemente viste a proposito nel processo civile, le quali consigliano di limitare l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità al solo giudizio di merito.

Gli accertamenti sui presupposti processuali, e l'accertamento sull'oggetto del giudizio di merito, corrono su due binari paralleli, senza punti di intersezione. Sulla possibilità di configurare anche i primi come un autonomo oggetto del giudizio, sia pure con caratteri del tutto particolari; sui problemi che suscita la determinazione del contenuto relativo; sulla attribuibilità anche ad essi della efficacia di cosa giudicata, non resta che rimandare a quanto detto nella prima parte del presente lavoro ⁽⁶¹⁾, senza che alle considerazioni allora svolte su un piano generale, occorra aggiungere alcuno specifico rilievo per quel che concerne il processo amministrativo.

Seguendo questo ordine di idee, appare manifestamente inaccettabile quell'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, cui si è in precedenza alluso; secondo tale orientamento, il rigetto del ricorso, per ragioni puramente formali (insussistenza di uno qualsiasi dei presupposti processuali), importerebbe la formazione della cosa giudicata anche per quel che concerne il merito del ricorso stesso, ossia la questione di

⁽⁶⁰⁾ Vedi, *supra*, pag. 119 ss.

legittimità dell'atto impugnato ⁽⁶¹⁾. Ciò comporterebbe, infatti, una confusione tra l'oggetto del giudizio di merito, e i presupposti processuali.

L'accertamento della mancanza di uno dei presupposti processuali, deve viceversa portare alla unica conseguenza, che il giudice non riscontra esistenti tutti quei requisiti, cui è condizionata l'esplicazione della sua funzione, nel merito del ricorso stesso; ma la questione relativa alla legittimità dell'atto impugnato non è stata ancora neppure delibata. Di conseguenza, non può formarsi nessun giudicato su di essa: questa ulteriore considerazione risulterà anche chiarissima dai rilievi che saranno in seguito svolti, a proposito dei limiti obbiettivi della cosa giudicata nel processo amministrativo; ma essa appare già fin da adesso sufficientemente fondata; e, comunque, paiono del tutto inconferenti le ragioni addotte in contrario dalla giurisprudenza ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr. per tale esplicita affermazione: V sez., 26 giugno 1942, n. 425, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, II, 476; V sez., 24 novembre 1950, n. 1191, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 75; v. anche, le meno chiare decisioni della V sez., 17 ottobre 1939, n. 690, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, II, 36, e 6 dicembre 1940, n. 752, in *Foro amm.*, 1941, I, 2, 25.

⁽⁶²⁾ Nella motivazione della decisione più recente, tra quelle citate alla nota precedente, si afferma, anzitutto, il principio, secondo il quale il processo amministrativo avrebbe un contenuto particolare, ed essenzialmente formale, e, per questa ragione, non sarebbero ad esso applicabili i criteri che regolano la cosa giudicata nel processo civile. « In particolare, mentre la lite civile incide direttamente sul rapporto giuridico sostanziale, la lite amministrativa ha per oggetto immediato la legittimità di un determinato atto amministrativo, e, quindi, nel primo caso, l'estensione del deciso si deduce dal rapporto giuridico controverso, nel secondo caso, invece, gli effetti della decisione sono circoscritti dall'atto giuridico impugnato ».

Può darsi che la distinzione indicata, tra i limiti obbiettivi della cosa giudicata nel processo civile, e in quello amministrativo, sia esatta, ma non si vede quale importanza essa possa avere per la soluzione della questione che qui interessa: la legittimità dell'atto impugnato, è fenomeno di esclusivo carattere sostanziale, non meno del rapporto giuridico, che costituirebbe l'oggetto del giudizio nel processo civile; e, per tale ragione, la decisione giurisdizionale amministrativa che si limita ad accertare la carenza di un presupposto processuale, non acquistando la minima rilevanza sul piano sostanziale, non può assolutamente incidere sulla questione di legittimità dell'atto impugnato.

In genere, per la critica dell'indirizzo giurisprudenziale in esame, v.: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 283, 284.

S'intende, che, per la brevità dei termini cui è subordinata dalla legge, la presentazione del ricorso giurisdizionale amministrativo, in pratica non sarà possibile riproporre in sede giurisdizionale, con un nuovo ricorso, quella impugnazione di un atto amministrativo, che è già stata respinta, sia pure solo per motivi esclusivamente processuali; ma altro è far discendere tale improponibilità da mere ragioni di preclusione per scadenza di termini, altro è farla derivare dai principi della cosa giudicata ⁽⁶³⁾; e, del resto, tale preclusione opererebbe, in ogni caso, solo sul piano processuale, lasciando intatte quelle possibilità di riesame, di annullamento e di revoca dell'atto impugnato, da parte della pubblica Amministrazione, possibilità che invece, come è noto, sarebbero soppresse, se si dovesse attribuire efficacia di cosa giudicata sulla legittimità dell'atto amministrativo, alla pronuncia di rigetto del ricorso per motivi meramente processuali.

24. La via è ormai aperta per la individuazione di quella situazione giuridica, che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo.

Possiamo già considerare, come due risultati ormai acquisiti, che tale situazione giuridica abbia, anzitutto, carattere sostanziale, e, d'altra parte, costituisca il presupposto di quello elemento costitutivo proprio della sentenza che conclude il processo amministrativo: la pronuncia di annullamento dell'atto impugnato.

Prendendo come base questi due punti di partenza, la strada

⁽⁶³⁾ Cfr. l'esatta decisione della IV sez., 30 aprile 1940, n. 266, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, 398, che fa derivare l'improponibilità di un nuovo ricorso giurisdizionale, contro un atto già precedentemente impugnato, nell'ipotesi in cui il primo ricorso fosse stato dichiarato estinto per perenzione, esclusivamente dalla scadenza del termine di decadenza.

Di recente, dall'indirizzo giurisprudenziale criticato si è nettamente discostato un parere della I sez., il quale esattamente afferma che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi processuali non forma giudicato sulla legittimità o illegittimità dell'atto amministrativo impugnato (I sez., 6 novembre 1956, in *Rass. giur. Cons.* Stato, 1958, pag. 517).

per arrivare alla individuazione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo non è lunga.

Su un piano generale, l'annullamento di un atto giuridico, compiuto mediante un provvedimento giurisdizionale, ossia, la estrinsecazione di quella particolare qualità dell'atto, che si chiama annullabilità, trova il suo presupposto nella c.d. illiceità, o illegittimità dell'atto, *lato sensu*; nella sua contrarietà, cioè, a norme giuridiche ⁽⁶⁴⁾.

Esaminando il problema, per quel che riguarda in particolare, il diritto, e il processo amministrativo, è nozione istituzionale che l'annullamento dell'atto amministrativo, compiuto dal giudice amministrativo, trova il suo fondamento nella illegittimità, *stricto sensu*, dell'atto stesso; e, cioè, nella sua contrarietà a quelle norme di legge, le quali vincolano l'esercizio di un potere, attribuito alla pubblica Amministrazione.

Il presupposto del provvedimento giurisdizionale, mediante il quale il giudice amministrativo annulla l'atto impugnato, è, dunque, costituito dalla illegittimità, così intesa, dell'atto stesso. Per tale ragione, non pare dubbio che l'oggetto del giudizio (di merito), nel processo amministrativo, sia costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato; l'accertamento giudiziale deve, infatti, necessariamente essere volto alla individuazione di questa qualità, o, se si vuole, di questo modo di essere, di carattere esclusivamente sostanziale, dell'atto medesimo.

Un'indagine del contenuto dell'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, la quale sia condotta sotto il profilo della natura costitutiva del processo stesso, porta quindi, come risultato, la scelta tra quei due orientamenti dottrinali che si sono precedentemente esposti ⁽⁶⁵⁾.

La ragione, per cui non si può accogliere la teoria, secondo

⁽⁶⁴⁾ E, secondo una nota tesi, anche a norme non giuridiche; v. per tutti: SANTI ROMANO, voce: *Annulamento*, in *Nuovo Digesto italiano*; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 173; v. anche la monografia di CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano 1940.

⁽⁶⁵⁾ Vedi, *supra*, pag. 221 ss.

la quale il contenuto suddetto consisterebbe nella questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente, inteso come situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, risulta chiaramente da quanto fin qui detto; la violazione dell'interesse legittimo, infatti, non può mai costituire, di per sè, e direttamente, il presupposto, per l'annullamento dell'atto impugnato.

Questo annullamento può fondarsi unicamente sulla illegittimità dell'atto stesso; e, perciò, in tanto alla violazione dell'interesse legittimo può ricollegarsi l'annullamento dell'atto, in quanto tale violazione si ripercuote sulla legittimità di questo atto.

Però, come si è già rilevato ⁽⁶⁶⁾, violazione dell'interesse legittimo, e illegittimità dell'atto, non sono fenomeni che si possano porre reciprocamente in un rapporto di causa-effetto, comunque orientato; essi, piuttosto, costituiscono due distinti effetti, di una unica causa: la violazione di una norma che vincola l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione.

Per tale ragione, sul piano sostanziale, nella catena delle cause e degli effetti, l'ultimo dei quali è costituito dalla illegittimità dell'atto, non può inserirsi in nessun modo la violazione dell'interesse legittimo; e, corrispondentemente, nell'*iter* logico che il giudice compie, per arrivare alla decisione finale, non vi è posto per l'accertamento della violazione dell'interesse legittimo, nè attribuendo ad esso il carattere meramente pregiudiziale, nè, a maggior ragione, facendolo rientrare nell'accertamento giudiziale propriamente detto, e cioè vertente sull'oggetto del giudizio.

Per contro, non si può negare alla violazione dell'interesse legittimo, nel quadro del fenomeno processuale amministrativo, una funzione del massimo rilievo, anche se questa si svolge al di fuori dell'accertamento giudiziale, del suo oggetto, e perfino al di fuori dell'ambito della pregiudizialità.

⁽⁶⁶⁾ Vedi, *supra*, pag. 225.

una =
- legit
- funz
che si sa
al di la
non
ludiz

Il punto di partenza per ogni considerazione al riguardo, deve essere tratto da quella definizione dell'interesse legittimo che è stata qui accolta. Tale definizione, come si è detto, pone l'accento sulle norme che vincolano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, affermando che l'interesse legittimo è quella situazione giuridica soggettiva, di carattere sostanziale, che risulta da queste norme stesse. Ora, sembra che la definizione in parola non introduca ulteriori distinzioni tra le norme che vincolano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione; per tale ragione, non pare troppo azzardato sostenere che da ogni norma che vincola l'esercizio di un potere dell'Amministrazione, scaturisce per il privato un interesse legittimo.

Se si segue questo ordine di idee, si deve, necessariamente, arrivare alla conclusione che quei due distinti effetti di una unica causa che si sono prima individuati, si presentano sempre simultaneamente, in modo inscindibile. Ossia, tutte le volte che la pubblica Amministrazione esercita un potere ad essa attribuito, violando, però, le norme che vincolano l'esercizio del potere stesso, non solo l'atto in tal modo posto in essere è illegittimo, ma, a questo effetto, che si verifica su un piano esclusivamente obbiettivo, non può non accompagnarsi, su un piano soggettivo, la lesione di quella posizione di interesse legittimo, che risulta dalla norma violata.

Si è già notato, d'altra parte, come l'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa trovi il suo necessario presupposto nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva spettante al privato, e cioè il potere astratto di ricorso alla giurisdizione amministrativa. Ora, è evidente che il privato eserciterà tale potere, in corrispondenza della lesione di un suo interesse da parte della pubblica Amministrazione; già per questa via, si giunge così a rinvenire un collegamento tra giurisdizione amministrativa e interesse del privato, collegamento, peraltro, il quale è affermato dalla dottrina unanime, come la logica nega-

zione del carattere di azione popolare del ricorso giurisdizionale amministrativo. È proprio questo collegamento che deve determinare uno dei caratteri della giurisdizione amministrativa, comunque essa debba essere delineata nel suo complesso; e, a questo proposito, è appena il caso di ricordare quanti sforzi sono stati compiuti in dottrina, nel tentativo di conciliare l'interesse del privato, sicuramente rilevante nello svolgimento della funzione giurisdizionale amministrativa, col carattere obbiettivo che, per altro verso, sembra da doversi attribuire a quest'ultima.

Ora, pare che le considerazioni precedentemente svolte possano offrire la base, per prospettare una nuova via di conciliazione dell'apparente contrapposizione indicata.

Sembra, infatti, che la titolarità dell'interesse legittimo, leso dall'atto amministrativo che si impugna, funga da elemento di legittimazione a ricorrere contro l'atto stesso; per tale ragione, la violazione dell'interesse legittimo non acquisterebbe rilevanza, nel quadro delle cause di carattere sostanziale, le quali portano alla invalidità dell'atto, e quindi non potrebbe essere ricompresa nel complesso degli accertamenti giudiziali o pregiudiziali di merito; ma, al contrario, esso svolge una propria funzione come presupposto processuale, e, per questo motivo, è da considerarsi come uno degli oggetti degli accertamenti meramente processuali, nel senso che, come si è visto, è da attribuirsi a questa espressione.

La soluzione prospettata, che deve essere avanzata con tutta quella cautela che è imposta dalla estrema delicatezza della materia, e dalla complessità e vivacità dei dibattiti, che intorno ad essa ancor oggi si agitano, costituirebbe una via intermedia, tra l'orientamento volto a ravvisare nell'oggetto del giudizio amministrativo, la violazione di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, e la opposta tendenza, secondo la quale la giurisdizione amministrativa avrebbe un carattere esclusivamente obbiettivo.

Infatti, se si ha presente il contenuto dell'oggetto del giudi-

zio, poichè questo è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, ad esso non può essere attribuito che un carattere obbiettivo.

Per contro, la presenza della violazione di un interesse legittimo del ricorrente tra i presupposti processuali, non può non costituire un preciso e indiscutibile collegamento tra la giurisdizione amministrativa e l'interesse individuale. Più precisamente, poichè la funzione giurisdizionale amministrativa viene esplicata solo sul presupposto dell'esercizio del potere astratto di ricorso da parte del privato, e tale esercizio è attuato unicamente per restaurare la lesione dell'interesse legittimo di questi, non si può negare che, sotto questo profilo, la giurisdizione amministrativa sia una giurisdizione posta, anzitutto, a tutela di interessi individuali ⁽⁶⁷⁾. X

Occorre, forse, far risaltare maggiormente un passo del ragionamento fin qui condotto, il quale, probabilmente, è stato lasciato un po' in ombra: e cioè che l'interesse legittimo del privato, pur rilevando solo come presupposto processuale, non per questo perde il carattere di situazione giuridica soggettiva, di natura sostanziale. In tal modo la soluzione qui proposta si differenzia dall'orientamento di quegli autori i quali, pur ravvisando l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo nella questione di legittimità dell'atto impugnato, non negano anche la esistenza dell'interesse del privato tra i presupposti processuali, ma attribuiscono a tale interesse, come è ben noto, il mero carattere di interesse di fatto.

Ad ogni modo, e riprendendo il filo principale del ragionamento, l'affermazione, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, merita di essere maggiormente

(67) Per una valutazione assai interessante, per i profili sotto cui è condotta, del processo amministrativo come un « processo di parti », e perciò ricollegato all'interesse di queste, v.: BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 36 ss.

fondata, con una serie di ulteriori considerazioni. Infatti, se quanto sin qui detto può valere come motivazione della tesi sostenuta, sembra che la dimostrazione della tesi stessa debba, in ogni caso, essere completata, con una valutazione critica di altre opinioni contrarie, che si aggiungono a quella, già esaminata, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sarebbe costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo.

In particolare, si deve tenere adeguato conto di un orientamento che è stato sostenuto soprattutto dalla dottrina del processo civile, ma che si presenta con un carattere di generalità, il quale lo renderebbe applicabile anche al processo amministrativo, come, del resto, è già stato affermato.

La dottrina del processo civile, assolutamente unanime (né, del resto, potrebbe essere altrimenti), individua l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, in quella situazione giuridica alla quale si ricollega la modificazione tipica del processo stesso, sia pure con l'intermediazione della pronuncia giurisdizionale, secondo quegli schemi prima delineati. Ma la corrente di gran lunga dominante in tale dottrina, tende a rintracciare la situazione giuridica cui si riannoda l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, etc., dell'atto, non già nel particolare modo di essere dell'atto stesso, ma in un potere del privato, di provocare la caducazione di questo. È evidente che, in tal caso, l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo coinciderebbe con tale potere, e col suo esercizio, e non già con la qualità dell'atto, la quale, tutt'al più, fungerebbe da presupposto per l'esistenza o per la legittimità dell'esercizio del potere stesso.

La tesi delineata, del resto, non è nient'altro che una specifica applicazione di una impostazione di carattere più generale, secondo la quale alla base del processo costitutivo si dovrebbe rinvenire, in ogni caso, una situazione giuridica *soggettiva*, al cui esercizio si ricollegerebbe l'effetto tipico del processo costitutivo stesso; questo effetto, per tale ragione, non potrebbe mai

scaturire solo da una serie di presupposti, aventi carattere meramente obbiettivo.

Se si valuta l'elaborazione dottrinale del processo costitutivo sotto un profilo storico, non si può non rimanere colpiti da una coincidenza; e cioè che tale elaborazione, sul piano processuale, si inizia in corrispondenza con la individuazione e l'analisi, sul piano sostanziale, di una situazione giuridica soggettiva, anteriormente mai considerata con carattere di autonomia, ma che ben presto acquistò una grande rilevanza nel quadro della teoria generale delle posizioni del soggetto: quella situazione giuridica, cioè, il cui aspetto saliente è dato dalla circostanza per cui, mediante il suo esercizio, si produce una modificazione dello stato preesistente ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁸⁾ Come è noto, il primo tentativo di delineare completamente i caratteri della nuova situazione giuridica soggettiva, sia pure utilizzando notevoli spunti della dottrina immediatamente anteriore, è dovuto allo ZITELMANN (*Internationales Privatrecht*, Leipzig 1898, vol. II, pag. 32 ss., 220, 282 ss.), cui anche risale la prima denominazione della situazione giuridica stessa: *das Recht des rechtlichen Könnens*.

I campi di applicazione del nuovo concetto furono, ben presto, assai numerosi e vari; il pensiero del processualista, a questo proposito, non può non correre subito alla teoria dell'azione formulata da CHIOVENDA, la quale, appunto, come ognuno sa, ha per proprio fulcro la nozione in esame.

All'inizio, la nuova situazione giuridica soggettiva si presentò con un carattere di autonomia non troppo marcato, nei confronti dell'altra tradizionale situazione giuridica: il diritto soggettivo. Essa, più che altro, fu originariamente delineata come una sottospecie di questo, come anche indica chiaramente sia la sua primitiva denominazione tedesca, come la sua successiva denominazione italiana: diritto potestativo. Malgrado ciò, la nuova situazione giuridica non fu accettata senza contrasti da parte della dottrina, e non mancarono, anzi, non poche e non sommesse reazioni all'accoglimento della nozione in esame; limitando le citazioni al campo del diritto processuale, che qui specificamente interessa, si ricorderà, soprattutto, la energica presa di posizione di ROCCO (ALFR.) contraria all'attribuzione al diritto potestativo del carattere di situazione giuridica autonoma nei confronti del diritto soggettivo (*La sentenza civile*, cit., pag. 98 ss.).

Comunque sia, l'opera dello ZITELMANN contrassegnò l'inizio di una elaborazione dottrinale del nuovo concetto individuato, la quale è stata assai tormentata e presenta aspetti del massimo interesse (vedila riassunta sinteticamente nei suoi momenti salienti da SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., voce: *Poteri, Potestà*, pag. 174 ss.).

Tale elaborazione pare lungi dall'essere conclusa, per quanto attualmente,

Probabilmente, non è senza una profonda ragione che la dottrina concentrasse l'attenzione, pressochè nello stesso lasso di tempo, su un nuovo tipo di processo, e su una nuova situazione giuridica, il cui svolgimento comporta la produzione di un effetto giuridico autonomo; comunque sia, e valutando l'evoluzione *a posteriori*, si deve riconoscere come fosse, in un certo senso, fatale, che si individuasse un collegamento tra l'uno e l'altra. Tra le varie ragioni, che, senza dubbio, spinsero in tal senso, non si deve dimenticare, in particolare, l'orientamento generale secondo il quale la giurisdizione civile verterebbe su situazioni giuridiche soggettive del privato, e l'orientamento parimenti generale, secondo il quale la funzione giurisdizionale si esaurirebbe in un mero accertamento di situazioni giuridiche che

la dottrina, in genere, più non dubiti della esistenza del potere, come una situazione giuridica autonoma (v., da ultimo: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 179 ss.; *contra*, però: GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, pag. 240 ss.); infatti, a tacer d'altro, malgrado questa affermazione di principio, rimane sempre apertissimo il problema dei rapporti tra il potere, e il diritto soggettivo, e le soluzioni prospettate al riguardo in dottrina appaiono tutt'altro che concordi. Così, per esempio, secondo l'impostazione accolta nel corso del presente lavoro, anche il diritto soggettivo sarebbe un potere in senso lato, e si differenzerebbe dal potere in senso stretto, perchè si esaurisce nell'ambito di un concreto rapporto (SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., voce: *Poteri, Potestà*, pag. 188 ss.): è evidente come questa concezione costituisca il completo rovesciamento della posizione di partenza, secondo la quale è il potere (= diritto potestativo), che sarebbe una sottospecie del diritto soggettivo *stricto sensu*.

Sotto qualche profilo, si accosta alla teoria di SANTI ROMANO, di recente, ALLORIO, il quale afferma che il diritto soggettivo è costituito da un potere, o da un fascio di poteri (*L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 81).

Una valutazione a parte, per contro, va fatta di quelle tesi, secondo le quali il diritto soggettivo e il potere sarebbero situazioni giuridiche soggettive, aventi una diversa natura; così, per esempio, MIELE, secondo il quale il diritto soggettivo sarebbe la «...particolare e autonoma posizione che l'ordinamento giuridico fa a un soggetto, assicurandogli determinati vantaggi in ordine a un bene per la tutela dei propri interessi...» (*Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 44), mentre il potere «...è non già una posizione, ma una forza attiva di cui è investito un soggetto dall'ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica» (*op. ult. cit.*, pag. 45).

si svolgerebbero sul piano sostanziale in modo del tutto indipendente dal fenomeno processuale.

Comunque sia, il primo collegamento tra potere e processo costitutivo, con le sue inevitabili conseguenze per la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio di quest'ultimo, si trova già nello HELLWIG⁽⁶⁹⁾, ossia, come si è detto, nell'autore del primo tentativo di una costruzione completa del processo costitutivo stesso.

Secondo lo HELLWIG, si dovrebbero individuare due distinti gruppi di diritti potestativi, secondo i caratteri che a questa nozione erano stati attribuiti principalmente dallo ZITELMANN: il primo gruppo sarebbe costituito da quei diritti potestativi, che sono esercitati stragiudizialmente dal loro titolare, e al cui esercizio conseguirebbe immediatamente la modificazione giuridica tipica del diritto potestativo stesso; nel secondo gruppo, invece, andrebbero ricompresi quegli altri diritti potestativi, il cui esercizio si attuerebbe solo mediante una « ... *im Wege der Klage abzugebende Erklärung des Berechtigten...* », e il cui effetto conseguirebbe a questa « ... *in Verbindung mit einem den herzustellenden Rechtszustand aussprechenden Urteil...* »⁽⁷⁰⁾.

A questa costruzione dello HELLWIG, si potrebbero rivolgere, anzitutto, quei rilievi di ordine generale, che concernono tutto l'orientamento volto a collegare il processo costitutivo con una situazione giuridica soggettiva tendente a provocare il verificarsi dell'effetto tipico del processo stesso.

Comunque, oltre a tali considerazioni di fondo, si può anche notare come la tesi in esame non possa apparire una soddisfa-

⁽⁶⁹⁾ *Anspruch und Klagerrecht*, cit., pag. 443 ss.

⁽⁷⁰⁾ *Op. loc. ult. cit.* È da avvertire che lo HELLWIG riferisce la distinzione riportata nel testo ai modi in cui il soggetto può provocare una modificazione giuridica, e riserva propriamente l'appellativo coniato dallo ZITELMANN solo alla prima di tali ipotesi; lo HELLWIG, infatti, si richiama a questo proposito, al concetto di « *einfaches Recht des rechtlichen Könnens* »; comunque, la terminologia che è seguita nel testo, consegue alla circostanza che successivamente la dottrina si è orientata a qualificare anche la situazione giuridica soggettiva di cui alla seconda ipotesi come diritto potestativo: v. per tutti CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 181.

cente sistemazione della delicata e complessa materia, in quanto essa non chiarisce sufficientemente il rapporto in cui si porrebbero reciprocamente l'atto del privato (esercizio del potere), e l'atto dell'organo giurisdizionale (sentenza), nei confronti della produzione dell'effetto costitutivo.

Apparentemente, sembrerebbe che questi due atti fossero stati messi dallo HELLWIG un po' sullo stesso piano, in quanto parrebbe che fossero stati considerati ambedue come cause concorrenti paritariamente alla formazione di tale effetto; si può, però, dubitare a ragione della esattezza di questa tesi.

Convieni, qui, procedere per via di esclusione; si noterà, perciò, come le ipotesi che è possibile formulare, riguardo al meccanismo di produzione dell'effetto costitutivo, possano essere ridotte, sostanzialmente, a due: o l'effetto costitutivo trova la sua fonte nella legge, oppure esso consegue direttamente allo esercizio del potere da parte del privato, e alla emanazione della sentenza da parte del giudice. Nella prima ipotesi, nei confronti della produzione dell'effetto costitutivo, l'esercizio del potere, e la sentenza, sarebbero dei meri fatti giuridici; nella seconda ipotesi, invece, essi manterrebbero il carattere di veri e propri atti.

Lo HELLWIG, come si è visto, sembrerebbe inclinare verso questa seconda ipotesi; ma, è da osservare, non si vede come due atti giuridici possano concorrere pariteticamente alla formazione di un unico effetto giuridico, senza collegarsi strettamente fra di loro; e, a questo proposito, si dovrebbe far ricorso alle nozioni di procedimento giuridico, di atto complesso, etc.; tutte nozioni, comunque, che paiono chiaramente non utilizzabili, per delineare il rapporto con cui si pongono nei confronti della produzione dell'effetto costitutivo, l'esercizio del potere da parte del privato, e la sentenza del giudice.

Nè la costruzione dello HELLWIG appare maggiormente accettabile, ove si accolga, viceversa, la seconda ipotesi: quella, cioè, per cui l'effetto costitutivo scaturirebbe *ex lege*, rendendo

possibile, così, valutare l'esercizio del potere, e la sentenza, alla stregua di meri fatti giuridici; infatti, la definizione stessa di diritto potestativo, o di potere, qual dir si voglia, almeno secondo la dottrina dominante, pone l'accento, soprattutto, sulla circostanza per cui l'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva consiste nel porre in essere un atto giuridico⁽⁷¹⁾; configurare, perciò, tale esercizio, come un mero fatto, in relazione all'effetto che in tal modo si produce, equivale, nè più nè meno, che a negare l'essenza stessa della nozione in parola⁽⁷²⁾.

Invero, se si vuole salvare il carattere essenziale del diritto potestativo (e non potrebbe essere altrimenti, senza svuotare di contenuto il concetto), è necessario attribuire direttamente al suo esercizio, l'attuazione dell'effetto giuridico; e questo collegamento così stretto tra esercizio del potere, e produzione dell'effetto, deve essere mantenuto in ogni ipotesi, nella quale si vuole ravvisare la situazione giuridica soggettiva in esame. Di conseguenza, ove si voglia far discendere l'effetto specifico del processo costitutivo dall'esercizio di un potere da parte dell'attore, non si può non attribuire alla sentenza che conclude tale processo, un ruolo relativamente modesto, e in ogni caso assolutamente secondario, rispetto alla rilevanza che l'esercizio del potere stesso assume, per la produzione dell'effetto suddetto.

D'altro canto, si può anche far derivare l'effetto costitutivo direttamente dalla sentenza; ma, in questo caso, se non si vuole rinunciare ad imperniare tutto il processo del tipo in esame, su una situazione giuridica soggettiva, come il potere, è inevitabile delineare l'effetto che consegue dall'esercizio di quest'ultimo, come del tutto distinto da quello che consegue dalla pronuncia giurisdizionale.

(71) Per una esposizione delle varie definizioni di potere, secondo questo angolo visuale, v., da ultimo: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pagina 218 ss., il quale, peraltro, accoglie una nozione di potere più ampia di quella seguita nel testo.

(72) Cfr. gli acuti rilievi di SATTA, *Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, pag. 347, 348.

È bene notare subito che le due possibilità indicate non costituiscono affatto il frutto di mere esercitazioni accademiche, tendenti a trovare, su un piano del tutto astratto, e procedendo per esclusione, la difficile soluzione di un complesso problema dai molti termini; al contrario, queste due ipotesi non sono altro che altrettante vie, che la dottrina ha battuto, nel tentativo di trovare una soddisfacente sistemazione della delicata tematica relativa al processo costitutivo.

L'impostazione, da cui scaturiscono tali possibili alternative, è la diretta conseguenza dell'orientamento di fondo della dottrina di gran lunga dominante: tale dottrina, successivamente allo HELLWIG⁽⁷³⁾, e fino al giorno d'oggi⁽⁷⁴⁾, ha mantenuto fermo il collegamento tra processo costitutivo, e potere del privato volto a provocare la modificazione giuridica corrispondente. Non solo, ma è da notare che l'esattezza di questo collegamento è stata riconosciuta perfino da chi ha negato l'esistenza del processo costitutivo e del diritto potestativo, come autonomo tipo di processo, e di situazione giuridica soggettiva⁽⁷⁵⁾: segno, questo, veramente indicativo, della profondità di radici che la tendenza ha preso in dottrina, senza che, peraltro, essa appaia obbiettivamente giustificata, come meglio si vedrà in seguito.

Comunque, impostando il problema nei termini accennati, è chiaro che il *punctum dolens* viene ad essere costituito dall'in-

(73) Vedi, soprattutto: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 181 ss.

(74) Tra le riaffermazioni più recenti del collegamento tra processo costitutivo e potere del privato, v., sia pure in vario senso: SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 304; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 104.

(75) Si allude alla posizione di Rocco (ALFR.), il quale nega l'esistenza del processo costitutivo come un tipo autonomo di processo, ma rileva che, se si accoglie la tesi opposta, una sentenza costitutiva non sarebbe, comunque «...pensabile, se non in quanto, avendo un privato il semplice diritto ad un determinato effetto giuridico, l'ordinamento giuridico non permette che questo effetto si produca, senza una pronuncia del giudice» (*La sentenza civile*, cit., pag. 145). È da notare come Rocco, in questo passo, si riferisca *sic et simpliciter* ad un diritto, e non ad un diritto potestativo, in quanto, come è noto, tale autore nega anche l'autonomia del diritto potestativo, come situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto soggettivo; sul punto, v., *infra*, la nota 81.

dividuaione del rapporto che intercorre tra esercizio del potere da parte del privato, ed emanazione della sentenza da parte del giudice; ossia, dalla determinazione dei ruoli che l'uno e l'altra giuocano, in relazione alla produzione dell'effetto tipico del processo in parola. Si tratta di un problema, la cui rilevanza appare addirittura assorbente di fronte ad ogni altro che sorge sul tema, giacchè dalla sua soluzione dipendono i lineamenti che si devono attribuire all'intero processo costitutivo; stupisce, perciò, che talvolta l'importanza del problema stesso sia stata sottovalutata⁽⁷⁶⁾. Ad ogni modo, e malgrado ogni dichiarazione esplicita al riguardo, il miglior angolo visuale per considerare l'evoluzione dottrinale che si deve registrare sul tema in esame, è, appunto, costituito da una valutazione delle soluzioni che volta a volta sono state date al problema indicato, e ciò, proprio per il carattere preminente di questo; ed è in tal modo, che si può rilevare come ambedue le alternative che sono state precedentemente delineate, siano state adottate, in effetti, da altrettante correnti dottrinali.

Posteriormente allo HELLWIG, in una prima fase dell'evoluzione in esame, la tendenza dominante si orientò nel senso di far derivare, nel processo costitutivo, l'effetto tipico di questo, dall'esercizio di una situazione giuridica attiva dell'attore. È appena il caso di notare come questa accentuazione della rilevanza di tale situazione giuridica, nello svolgimento del processo costitutivo, si armonizzi perfettamente, ed anzi, appaia la logica applicazione dell'orientamento generale, più volte ricordato, se-

⁽⁷⁶⁾ Si veda, in proposito, il passo di CHIOVENDA, nel quale tale autore, dopo aver sostenuto che, nel processo costitutivo, la modificazione giuridica consegue alla domanda giudiziale, e alla sentenza del giudice, afferma, inoltre, che «...non preme far sottili questioni di preminenza fra queste cause concorrenti» (*Principi*, cit., pag. 183; questa frase di CHIOVENDA è stata ripresa adesivamente, in seguito, da SEGNI, *Della tutela*, etc., cit., pag. 304). Viceversa, sembra che una analisi sul punto è necessaria, perchè, poichè essa porta al risultato di mostrare che non è possibile delineare i rapporti tra le varie cause concorrenti, l'intera costruzione appare inaccettabile.

condo il quale l'attività giurisdizionale si esaurirebbe in un mero accertamento di situazioni giuridiche, di per sè preesistenti all'intervento del giudice.

Ad ogni modo, la tesi indicata è stata sostenuta, a tacere di altri nomi, dal ROCCO⁽⁷⁷⁾, e dal CHIOVENDA⁽⁷⁸⁾; non può stupire, perciò, che essa abbia improntato di sè un intero periodo della faticosa elaborazione dottrinale del delicato tema, e talvolta sia sostenuta ancor oggi⁽⁷⁹⁾, malgrado le profonde evoluzioni che si sono avute sull'impostazione stessa del problema.

⁽⁷⁷⁾ *La sentenza civile*, cit., pag. 145 ss.

⁽⁷⁸⁾ *Principi*, cit., pag. 181 ss. La questione, comunque, sembrerebbe avere una rilevanza solo teorica; invece, di essa si sono avuti echi, di recente, anche in giurisprudenza; una sentenza della Suprema Corte, infatti, ha aderito alla tesi del CHIOVENDA, per trarre le seguenti conclusioni: l'oggetto del giudizio è costituito dall'esistenza del potere del privato di modificare la situazione giuridica; il fatto che costituisce la ragione della modificazione (nella fattispecie: il dolo, nei confronti dell'annullamento del contratto), si pone solo come il fatto costitutivo di tale potere; perciò, la cosa giudicata si forma solo sulla esistenza del potere, e non anche sulla sussistenza del fatto stesso, la quale può essere di nuovo contestata in un successivo giudizio tra le stesse parti (Cass., 4 maggio 1957, n. 1497, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 503). Le conseguenze che tale sentenza ha tratto dalla premessa, ci trovano pienamente consenzienti; esse, infatti, concordano perfettamente con quanto si è venuti dicendo sui lineamenti da attribuire al fenomeno della pregiudizialità, sulla nozione di oggetto del giudizio, sui limiti oggettivi del giudicato; anzi, tale sentenza si discosta dal generale orientamento giurisprudenziale, tendente ad allargare tali limiti obbiettivi, come si è esposto nella prima parte del presente lavoro, in un modo tale che, si è detto, lascia sperare in un mutamento di giurisprudenza in proposito, quanto mai auspicabile (cfr., *supra*, pag. 164 ss., e nota 187); solo, si può osservare come alla stessa conclusione si poteva giungere anche sulla base della tesi, secondo cui l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, è dato dalla situazione giuridica sostanziale da modificare; il problema sarà trattato diffusamente nel testo, in seguito; fin da ora si può notare, però, in riferimento alla fattispecie decisa dalla sentenza citata, che anche se l'oggetto del giudizio è costituito dall'atto illegittimo, o, se si vuole, dalla illegittimità dell'atto, il vizio dell'atto non fa parte di tale oggetto, ma, al contrario, è oggetto di un accertamento meramente pregiudiziale; e ciò perchè il vizio stesso, inteso come la singola difformità dell'atto dal paradigma legislativo, si pone come la causa dello stato di illegittimità, che si riferisce all'atto nella sua interezza (cfr., *infra*, pag. 320). Comunque, nel senso che, nel processo costitutivo, la modificazione giuridica è da ricollegarsi ad un potere della parte, v. ancora: Cass., 7 aprile 1956, n. 1021, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 133.

⁽⁷⁹⁾ Ancora SEGNI, dopo aver affermato che alla base del processo costitutivo vi è una situazione giuridica soggettiva del privato, ammette che si possa

Può sorprendere la convergenza indicata, su un'unica posizione, di due autori, i quali, come è ben noto, partono da premesse di carattere generale presso a poco opposte: l'uno, il ROCCO, non solo nega l'autonomia del processo costitutivo come tipo di processo⁽⁸⁰⁾, ma si manifesta anche fortemente critico nei confronti del diritto potestativo come situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto soggettivo, non ravvisando, in essa, una sufficiente caratterizzazione rispetto a questo⁽⁸¹⁾; l'altro, il CHIOVENDA, delineando autonomamente il processo costitutivo, trova in esso un'applicazione di quella nozione di diritto potestativo⁽⁸²⁾, la quale, come ognuno sa, costituisce addirittura il cardine del suo intero sistema processuale.

Ad ogni modo, malgrado questa contrapposizione di posizioni di partenza, sia il ROCCO, che il CHIOVENDA, pongono a base del processo costitutivo una situazione giuridica, soggettiva del privato, la quale, è bene farlo rilevare subito, ha un carattere esclusivamente sostanziale; l'esercizio di questa situazione giuridica, è la fonte dell'effetto costitutivo, che si produce, sempre, sul piano sostanziale.

discutere se tale situazione giuridica sia un diritto potestativo, oppure un potere d'azione, e non risolve il problema (*Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 304); ora, queste due alternative, pare che possano essere ricondotte la prima alla tesi di CHIOVENDA e la seconda a quella di ALLORIO, che sarà successivamente esposta.

⁽⁸⁰⁾ *La sentenza civile*, cit., pag. 144 ss.

⁽⁸¹⁾ La critica che Rocco svolge contro la nozione di diritto potestativo, quale già risultava dalla formulazione dello ZITELMANN, è essenzialmente basata sul carattere di tale situazione giuridica, per cui a questa non corrisponde nessun obbligo da parte di altro soggetto (v., per la conferma di questo carattere, SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 180 ss.); ora, il Rocco, partendo dal concetto secondo il quale il diritto regola rapporti intersubiettivi, nega *a priori* che possa esistere una situazione giuridica attiva di un soggetto, cui non corrisponda una situazione giuridica passiva di un altro soggetto; e, inoltre, analizzando quelle ipotesi che, precedentemente, erano state individuate dalla dottrina come esempi di diritti potestativi, rinviene anche in queste un obbligo da parte di un altro soggetto, potendo, così, pervenire alla conclusione che manca una differenziazione sostanziale tra diritto potestativo e diritto soggettivo in senso stretto (*La sentenza civile*, cit., pag. 98 ss.); è appena il caso di osservare come attualmente l'impostazione del Rocco sia ormai completamente superata.

⁽⁸²⁾ *Principi*, cit., pag. 181 ss.

Però, perchè tale effetto si produca, è necessario l'intervento del giudice, volto ad accertare la situazione giuridica soggettiva al cui esercizio consegue l'effetto costitutivo; la pronuncia giurisdizionale, la quale, come si è visto precedentemente⁽⁸³⁾, avrebbe carattere di mero accertamento, svolgerebbe, in ogni caso, un ruolo del tutto secondario nella produzione dell'effetto; e, anzi, il CHIOVENDA, a questo proposito, si richiama espressamente alla nozione di fatto giuridico⁽⁸⁴⁾.

In sostanza, secondo la tesi in esame, si avrebbe un atto giuridico (esercizio del potere da parte del privato), volto a produrre un determinato effetto, il quale, peraltro, non si produce, se non interviene un accertamento giurisdizionale del potere stesso; accertamento, il quale, per tale ragione, funzionerebbe un po' come una *condicio juris*.

D'altro canto, non si deve dimenticare che, in ogni caso, la legge ricollega sempre la produzione dell'effetto costitutivo alla sussistenza di determinati presupposti, di carattere oggettivo; per esempio, nell'ipotesi che qui specificamente interessa, e cioè quella dell'annullamento di un atto, la legge in tanto ammette tale annullamento, in quanto l'atto sia illegittimo.

Ora, pur facendo derivare direttamente l'effetto costitutivo dall'esercizio di una situazione giuridica soggettiva, non si può tralasciare di sistemare adeguatamente anche tali presupposti; la soluzione che appare preferibile, al riguardo, è quella per cui essi condizionerebbero l'esistenza del potere di annullare; oppure, più esattamente, se si aderisce a quella nozione di potere giuridico qui accolta⁽⁸⁵⁾, e alla quale abbiamo fatto assai di frequente riferimento, tali presupposti condizionerebbero l'efficacia dell'esercizio di tale potere, di per sè preesistente al verificarsi delle singole fattispecie, in relazione alle quali esso viene esercitato.

⁽⁸³⁾ Vedi, *supra*, pag. 236 ss.

⁽⁸⁴⁾ *Principi*, cit., pag. 182.

⁽⁸⁵⁾ Vedi, *supra*, pag. 86, 87.

Volendo trarre le conclusioni sul tema che qui specificamente interessa, dalla tesi esposta relativamente ai caratteri del processo costitutivo, si deve osservare che, in tale processo, l'oggetto del giudizio consiste nell'esistenza del potere del privato di annullare l'atto, oppure, più esattamente, nell'efficacia del suo esercizio nella singola fattispecie. Per tale ragione, dovrebbero essere considerati come meramente pregiudiziali quegli accertamenti, che vertono su quei requisiti, la cui sussistenza condiziona l'esistenza, o l'efficacia dell'esercizio, del potere suddetto. Applicando tale considerazione all'ipotesi in esame, si dovrebbe considerare come meramente pregiudiziale l'accertamento relativo alla legittimità dell'atto amministrativo impugnato.

Valutando criticamente la tesi, che comporta per il nostro tema delle conseguenze così stridenti con quanto precedentemente sostenuto, si può rilevare, anzitutto, come essa presupponga l'esistenza di una situazione giuridica di carattere sostanziale, col cui esercizio si potrebbe produrre la modificazione tipica del processo costitutivo; ora, per un verso, tale ipotesi non porta nulla che giovi a chiarire l'esistenza di un'esigenza di rinvenire una situazione giuridica del genere alla base del processo costitutivo: sotto questo profilo, resta ancora aperto il problema della necessità di un collegamento tra processo costitutivo, e situazione giuridica soggettiva dell'attore.

D'altro canto, la tesi in esame, non fornisce nessun elemento neppure per la dimostrazione dell'effettiva esistenza di tale situazione giuridica, nel processo costitutivo stesso.

Pur affermando che, in ogni caso, tale effettiva esistenza andrebbe rigorosamente dimostrata, si può ammettere, comunque, che, almeno in via di principio, non vi siano ostacoli a ravvisare una situazione giuridica, avente i caratteri delineati dalla tesi in esame, almeno in qualche ipotesi privatistica di processo costitutivo: si pensi, soprattutto, ai casi di processo di annullamento, rescissione, e risoluzione di contratti.

Ma, sempre rimanendo nell'ambito del diritto civile, prima ancora di chiarire col ragionamento, si intuisce che non si può armonizzare col sistema, la configurazione di un potere del privato, di carattere sostanziale, al cui esercizio conseguirebbe l'annullamento di un atto dell'importanza e della solennità, poniamo, del matrimonio⁽⁸⁶⁾.

La questione, comunque, può essere lasciata impregiudicata, per quel che riguarda il diritto privato, giacchè, evidentemente, in questa sede non si vuole certo fare della teoria generale del processo costitutivo. Limitando tale ordine di rilievi, per questa ragione, alla sola ipotesi che qui specificamente interessa, lo spunto critico accennato pare, peraltro, ancora maggiormente fondato.

Infatti, nessuno dei caratteri che, secondo le varie teorie volta a volta sostenute in dottrina, andrebbero attribuiti all'atteggiarsi sul piano sostanziale della posizione giuridica del privato, nei confronti dell'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, nessuno di questi caratteri, dunque, lascia intravedere la possibilità di individuare un potere (sostanziale) del privato, di annullare l'atto amministrativo illegittimo, riducendo, così, la funzione della giurisdizione amministrativa, a quella del mero accertamento dell'esistenza di un potere del privato, di per sè idoneo a determinare la caducazione dell'atto impugnato, dell'efficacia del suo esercizio, e del conseguente verificarsi di questo suo effetto tipico.

Non solo, ma tutti i caratteri che sono stati attribuiti all'atteggiarsi della posizione del privato tendono ad escludere tale possibilità. Infatti, se si delinea questo atteggiarsi secondo la nozione dell'interesse legittimo, e cioè come la risultante di un vincolo apposto all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, si viene implicitamente a negare che la situazione giuridica in parola abbia un carattere attivo, come,

⁽⁸⁶⁾ Per questo rilievo critico alla tesi di CHIOVENDA, v.: HEINITZ, *I limiti obbiettivi*, cit., pag. 103, 104.

per esempio, il potere, oppure, se si vuole, il diritto soggettivo.

Per tale ragione, comunque si voglia delineare il processo costitutivo civile, nel processo amministrativo l'effetto costitutivo non può essere fatto derivare dall'esercizio di un potere di natura sostanziale del ricorrente: e ciò, a pena di sconvolgere completamente tutti i lineamenti dell'atteggiarsi della posizione sostanziale del privato, nei confronti dell'attività amministrativa.

Le considerazioni che precedono, sembrano sufficienti per escludere l'applicabilità al processo amministrativo della teoria del ROCCO e del CHIOVENDA sopra esposta.

Si apre, così, la possibilità, almeno sotto un profilo teorico, che debbano essere delineati diversamente i caratteri del processo costitutivo civile, e quelli del processo amministrativo; e ciò, con particolare riguardo al contenuto del rispettivo oggetto del giudizio. Si vedrà, successivamente, come sia possibile, in ogni caso, rinvenire nei due processi suddetti un tale numero di caratteri comuni, che si può determinare, nelle due ipotesi, il relativo oggetto del giudizio, in modo che esso non presenti delle essenziali contrapposizioni, almeno se lo si considera da un punto di vista esclusivamente processuale, il quale, del resto, è l'unico che in questa sede conti veramente.

Ma anche se così non fosse, non pare che l'individuazione di essenziali differenziazioni al riguardo, debba essere considerata come un ostacolo, per la costruzione del processo costitutivo nel modo più conforme alle particolarità proprie della materia sulla quale esso insiste.

Si ripropone qui il problema di carattere metodologico, che già più di una volta è affiorato nel corso del presente lavoro: quello dei rapporti tra teoria del processo civile, teoria del processo amministrativo, e teoria generale del processo.

L'occasione per riprendere adesso tale problema, è offerta da un vivace spunto di ALLORIO. L'illustre autore sostiene che alla base del processo costitutivo vi è un potere del privato; la

sua tesi, però, si differenzia notevolmente da quella del CHIOVENDA, sopra esposta, giacchè accoglie la seconda delle possibilità precedentemente indicate; di essa, comunque, si dirà tra breve. Ad ogni modo, l'ALLORIO, sostenendo su un piano generale la validità della tesi suddetta, ne afferma l'applicabilità anche al processo amministrativo, e rileva come non possa costituire un ostacolo sufficiente a tale applicabilità, la circostanza che la tesi in esame urti contro la tradizionale concezione dell'interesse legittimo; che, anzi, i caratteri di questo dovrebbero adeguarsi a quello che risulta essere l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, sulla base dell'accoglimento della tesi stessa⁽⁸⁷⁾.

Prescindendo, per il momento, da ogni considerazione relativa alla fondatezza dell'opinione proposta, si può notare, anzitutto, come, nei limiti in cui la sua applicabilità al processo amministrativo discende dalla tendenza ad impostare in modo unitario il problema del processo costitutivo, in ogni sua manifestazione nei vari rami del diritto processuale, essa appare gravemente compromessa.

Non sembra possibile, infatti, costruire un principio generale, se non sulla base delle analisi delle particolarità di ogni singolo tipo di processo; e questa considerazione appare tanto più puntuale, in quanto, dato l'attuale profondo squilibrio tra la maggiore elaborazione della dottrina del processo civile e le più superficiali elaborazioni delle dottrine degli altri processi, ogni principio generale avanzato nel diritto processuale, molto spesso, non è altro che la formulazione in termini generali di un principio, la cui validità è dimostrata, tutt'al più, per il solo processo civile.

Per tali ragioni, se, per avventura, fosse dimostrato che nel processo costitutivo civile sarebbe da ravvisarsi, anzitutto, un potere del privato di provocare la modificazione giuridica corrispondente, questo risultato, di per sè, non può essere apriori-

⁽⁸⁷⁾ *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 113.

sticamente applicato anche al processo amministrativo; per la costruzione secondo uno schema unitario del processo costitutivo civile e del processo amministrativo, sarebbe necessaria, in ogni caso, una dimostrazione della effettiva esistenza nel processo amministrativo, di quel potere della parte, che fosse stato rinvenuto nel processo costitutivo civile, esistenza che, per il momento, pare sia solo presupposta.

D'altra parte, una dimostrazione del genere pare quanto mai problematica: in primo luogo, infatti, essa dovrebbe portare alla demolizione dell'intera lunga e complessa elaborazione della situazione giuridica del privato, nei confronti della pubblica Amministrazione, che è stata compiuta dalla dottrina amministrativistica; e ciò, perchè non si vede come, nella nozione di interesse legittimo che ne è risultata, possa ricomprendersi il potere di annullamento dell'atto amministrativo da parte del privato, potere svolgentesi, come si è detto, sul piano sostanziale, e ognuno vede come sia difficile scardinare una elaborazione, la quale, peraltro, manifesta la sua solidità sotto diversi profili; questa considerazione, inoltre, è tanto più importante, in quanto il meccanismo del processo amministrativo può essere benissimo spiegato, come qui si tenta di fare, anche senza ricorrere alla configurazione di un potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato.

Ma l'argomento di portata maggiore, sulla cui base si può escludere l'esistenza di un potere del genere nel processo amministrativo, anche se, per avventura, esso fosse da rinvenirsi nel processo costitutivo civile, può dedursi dalla diversità di natura delle situazioni giuridiche soggettive le quali, direttamente o indirettamente, acquistano rilevanza, rispettivamente, nell'uno e nell'altro processo.

Infatti, nel processo costitutivo civile, come, in genere, nel processo civile di ogni tipo, non si può negare che la situazione giuridica soggettiva che giuoca il ruolo maggiore, è, sicuramente, il diritto soggettivo; e anche nei casi in cui l'oggetto del giu-

dizio nel processo civile non è il diritto soggettivo, pare che esso, in qualche modo, su tale oggetto, manifesti sempre qualche riflesso. Ora, poichè il diritto soggettivo, per definizione, è una situazione giuridica del privato, la quale trova una tutela diretta da parte dell'ordinamento, questo suo carattere potrebbe anche armonizzarsi con un potere del privato, il cui esercizio incidesse direttamente su atti giuridici, che si riferissero al diritto stesso.

Diversamente, però, è da delinearsi il fenomeno per il processo amministrativo; qui, infatti, l'unica situazione giuridica soggettiva la quale, in un certo senso, può essere collegata al processo, ha la consistenza dell'interesse legittimo; una situazione giuridica, cioè, che riceve indirettamente una tutela, che concerne direttamente un diverso interesse, di carattere preminente, ed appartenente a diverso soggetto; ora, non si vede come si possa armonizzare questa natura dell'interesse legittimo, con un potere, spettante al suo titolare, di annullare l'atto che su tale interesse incidesse; infatti, se tale potere esistesse, col suo esercizio si verrebbe direttamente a disporre di quell'altro interesse, avente carattere preminente, e di altro soggetto; è molto più conforme al sistema, notare come, se un potere di annullare l'atto amministrativo illegittimo sia da rinvenirsi, questo deve spettare non al soggetto titolare dell'interesse protetto solo di riflesso, ma, se mai, al soggetto titolare dell'interesse protetto direttamente, e cioè alla pubblica Amministrazione; sotto questo profilo, acquistano una particolare rilevanza e il potere di annullamento d'ufficio (di autotutela) dell'Amministrazione, e la circostanza per cui l'organo giurisdizionale, che può annullare l'atto illegittimo, è inquadrato nella stessa organizzazione amministrativa.

Ad ogni modo, pare che manchino le basi stesse per una costruzione unitaria dei processi costitutivi civile ed amministrativo, nel senso di rinvenire anche in quest'ultimo un potere del soggetto di provocare la modificazione giuridica corrispon-

dente, in quanto l'esistenza di tale potere sembra da escludersi, o comunque da considerare come non essenziale, pure nel processo civile.

Le teorie fino ad ora esaminate, non pare che abbiano apportato elementi decisivi nel senso di rinvenire tale potere nel processo civile; nè tali elementi sembrano deducibili dalla tesi che accoglie la seconda della possibilità precedentemente indicate; quella tesi, cioè, che è sostenuta, da ultimo, anche da ALLORIO.

Secondo tale tesi, nel processo costitutivo, l'effetto tipico di questo deriverebbe senz'altro dalla sentenza; sotto questo profilo, l'opinione in esame pare perfettamente in armonia con i più recenti orientamenti in tema di attività giurisdizionale, e della natura del provvedimento mediante il quale questa viene esplicitata⁽⁸⁸⁾.

D'altra parte, come si è già visto, il collegamento diretto tra sentenza costitutiva ed effetto costitutivo, implica l'esclusione dalla produzione di quest'ultimo, di ogni concorso dell'esercizio di un potere da parte del privato.

Se l'esistenza di questo potere vuole essere rinvenuta, malgrado tutto, alla base del meccanismo del processo costitutivo, l'effetto che si produce in seguito al suo esercizio non può non essere completamente distinto da quello che consegue dalla sentenza costitutiva, come già si è rilevato.

Secondo la tesi in esame, l'effetto dell'esercizio del potere del privato, consisterebbe, appunto, nella creazione di un dovere per il giudice, di pronunciare la sentenza costitutiva richiesta dall'attore.

Anche la tesi in esame, come quella del CHIOVENDA, prece-

(88) Può stupire che sia tratta una conseguenza del genere da una tesi di ALLORIO, il quale, come ognuno sa, sostiene il rigoroso carattere di accertamento della funzione giurisdizionale; ma, d'altra parte, tale conseguenza appare inevitabile, giacchè, se l'esercizio del potere del privato produce l'effetto di creare per il giudice il dovere di emettere la pronuncia costitutiva, l'effetto costitutivo tipico del processo di cui si tratta non può non derivare che dalla pronuncia stessa.

dentemente esposta, pone l'accento su un potere del privato, per spiegare il meccanismo del processo costitutivo; ma queste due tesi presentano, per altro verso, delle profondissime differenze, che è bene segnalare.

Il potere del privato, secondo CHIOVENDA, si svolgerebbe unicamente sul piano del diritto sostanziale; secondo l'altra tesi, invece, esso inciderebbe sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, determinando direttamente l'attività del giudice.

In corrispondenza di tale diversità, se ne può rilevare un'altra: il potere del privato, secondo il CHIOVENDA, nulla ha a che vedere col potere di azione. Si tratterebbe di un potere, che sarebbe da ravvisarsi solo nel processo costitutivo, ma che non potrebbe in alcun modo essere confuso con quel potere, che esiste nel processo costitutivo, come in ogni processo, mediante il cui esercizio il soggetto fa valere una data situazione giuridica sostanziale⁽⁸⁹⁾.

Viceversa, secondo l'altra tesi, il potere del privato, poichè si estrinseca nella creazione del dovere del giudice di emanare il provvedimento richiesto dell'attore, in nulla si differenzia, sostanzialmente, dal generico potere d'azione, ove a questo si attribuisca un contenuto concreto. È appena il caso d'osservare, d'altra parte, come, in tal modo, si svuoti completamente il problema della determinazione dei caratteri peculiari del processo costitutivo, giacchè il potere del privato, in base al quale si dovrebbe spiegare il particolare meccanismo di questo, non differisce da quel potere, che si dovrebbe ravvisare nel processo di ogni tipo.

Una conferma, se pur ce fosse bisogno, della validità di questa conclusione, può essere trovata nella circostanza per cui

(89) Cfr., però, i rilievi del SATTA, che critica il CHIOVENDA, sostenendo che, secondo la tesi affermata da questo autore, il diritto potestativo che sarebbe alla base del processo costitutivo, e il « diritto alla sentenza favorevole », sostanzialmente coinciderebbero (*Premesse generali*, etc., cit., pag. 347). Sembra, invece, che secondo la teoria del CHIOVENDA la distinzione negata dal SATTA sia ancora rintracciabile, mentre essa, al contrario, si perde del tutto nella posizione di ALLORIO.

i vari autori, che sostengono che alla base del processo costitutivo vi è un potere del privato, di creare il dovere per il giudice di emanare la sentenza costitutiva richiesta dall'attore, delineano tale potere, con i medesimi caratteri che gli stessi autori attribuiscono al potere d'azione.

Così, per esempio, talvolta il potere suddetto del privato, è stato ricompreso nell'ambito del c.d. « diritto giudiziario-sostanziale »⁽⁹⁰⁾; e chi si è espresso in tal senso, risolve, appunto, la problematica dell'azione, ricorrendo a nozioni corrispondenti⁽⁹¹⁾, secondo la nota teoria di GOLDSCHMIDT⁽⁹²⁾, la quale, peraltro, non ha attualmente troppo seguito in dottrina⁽⁹³⁾.

Ma anche secondo la più recente riaffermazione della tesi in esame, la quale, come si è detto, è dovuta ad ALLORIO⁽⁹⁴⁾, il potere del privato che starebbe alla base del meccanismo del processo costitutivo è delineato con gli stessi caratteri che il medesimo autore attribuisce al potere d'azione in senso concreto: il potere, cioè, di creare il « ... dovere del giudice di pronunciare, sulla controversia, sentenza *favorevole* all'assunto di chi ha proposto la domanda »⁽⁹⁵⁾.

Una volta individuata la coincidenza tra potere del privato così inteso, che starebbe alla base del meccanismo del processo costitutivo, e potere d'azione, non occorre, evidentemente, spendere troppe parole per negare l'esistenza del primo: sarà, infatti, sufficiente richiamare qui *in toto* le considerazioni precedentemente svolte sulla inutilità della nozione di azione in senso

⁽⁹⁰⁾ Così, HEINITZ, *I limiti obbiettivi*, cit., pag. 104, 106.

⁽⁹¹⁾ *Op. ult. cit.*, pag. 32 ss.

⁽⁹²⁾ Vedi soprattutto: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925; nello stesso ordine di idee, v., successivamente: NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1950.

⁽⁹³⁾ Cfr., da ultimo, i rilievi critici di ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 134 ss.; v. anche, per riferimenti: BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 398, nota 52.

⁽⁹⁴⁾ *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 104.

⁽⁹⁵⁾ *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 35.

concreto, sia su un piano generale⁽⁹⁶⁾, come per quel che riguarda specificamente il processo amministrativo⁽⁹⁷⁾.

A conclusione di questo rapidissimo *excursus* sulle varie teorie che sono state sostenute a proposito del processo costitutivo, pare, dunque, che si debba negare l'esistenza, o, quanto meno, la necessità dell'esistenza di un collegamento tra tale tipo di processo, e un potere del privato, al cui esercizio sarebbe da ricondurre la modificazione giuridica tipica del processo stesso; e ciò, sia se questa riconduzione sia affermata come immediata, in quanto il potere la provocherebbe immediatamente, svolgendosi sul piano sostanziale, come se essa sia delineata, al contrario, solo in modo mediato, in quanto il potere stesso minerebbe unicamente a creare per il giudice il dovere di pronunciare la modificazione in parola.

Nel processo costitutivo, come in ogni altro tipo di processo, l'unico potere del privato che è dato rinvenire, è il c.d. potere astratto di agire, o, secondo i casi, di ricorrere, che va delineato con quei caratteri precedentemente indicati⁽⁹⁸⁾. In particolare, l'esercizio di tale potere è il presupposto, perchè la funzione giurisdizionale possa e debba essere esplicitata nel merito della domanda.

Nel caso del processo costitutivo, tale funzione giurisdizionale viene esplicitata mediante l'emanazione di un provvedimento, che ha carattere costitutivo, nel senso che esso rappresenta l'atto, da cui consegue la modificazione giuridica tipica del processo stesso. E in ciò è da ravvisarsi la differenziazione del processo costitutivo, dai processi di altro tipo.

Piuttosto, tale differenziazione può essere un indizio che non esiste un unico potere astratto di agire, ma, al contrario, che ne esistono tanti, quanti sono i tipi di processo previsti e regolati in un dato ordinamento. Secondo quale di questi poteri

⁽⁹⁶⁾ Cfr., *supra*, pag. 100 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr., *supra*, pag. 254 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr., *supra*, pag. 93 ss.

è, in effetti, esercitato dal privato, la funzione giurisdizionale viene esplicita nel merito della domanda, mediante l'emanazione di un provvedimento decisorio, avente la natura corrispondente al tipo di tutela giurisdizionale richiesto: di accertamento, di condanna, costitutivo (**).

S'intende, che anche nel processo costitutivo (e, evidentemente, non potrebbe essere altrimenti), l'emanazione del provvedimento richiesto dall'attore, o dal ricorrente, è subordinata dalla legge alla sussistenza di una determinata situazione giuridica sostanziale; quella situazione giuridica sostanziale, la cui esistenza è, appunto, affermata dall'attore stesso.

Per quanto essa si presenti come assai problematica, sotto parecchi profili (¹⁰⁰), non si può, comunque, negare *a priori* la

(**) Non è il caso di esaminare in questa sede le conseguenze che si possono trarre dallo spunto di cui nel testo, per delineare dogmaticamente il noto divieto di proporre davanti al giudice ordinario un'azione costitutiva nei confronti dell'atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo perfetto, e di proporre davanti al giudice amministrativo un'azione che non sia rivolta ad ottenere l'annullamento dell'atto lesivo di un interesse legittimo.

Comunque, si può rilevare, del tutto incidentalmente, come le limitazioni suddette appaiono essere di natura del tutto diversa.

Per quel che riguarda la giurisdizione civile, infatti, poichè tale giurisdizione si esplica normalmente mediante l'emanazione di sentenze di tutti i tipi, il divieto di proporre azioni costitutive sembra potersi spiegare come una limitazione apposta all'esercizio del potere astratto del soggetto, cui corrisponde quel tipo di tutela giurisdizionale, che si esplica mediante provvedimenti costitutivi; limitazione apposta all'esercizio di tale potere, nei confronti degli atti amministrativi.

Per contro, per quel che concerne la giurisdizione amministrativa, poichè questa, si direbbe istituzionalmente, si esplica mediante l'emanazione di pronunce costitutive, sembra che l'impossibilità per il privato di ottenere una tutela di altro tipo debba essere collegata non già con una limitazione all'esercizio di un potere astratto di ricorso, ma, addirittura, con una mancanza del potere stesso; ossia, nei confronti della giurisdizione amministrativa, a differenza della giurisdizione ordinaria, al soggetto pare spettare solo un potere astratto di ricorso, cui corrisponde quel tipo di tutela giurisdizionale, che viene esplicita mediante l'emanazione di pronunce costitutive.

(¹⁰⁰) Per esempio, ammettendo la possibilità della ipotesi di cui nel testo, non si riesce ad individuare un atto di esercizio del potere di carattere sostanziale, ~~derivato~~ dall'atto di esercizio del potere astratto di agire (citazione, ricorso); per ~~la~~ ragione. l'atto di esercizio di questo secondo potere, dovrebbe necessariamente ~~essere~~ considerato anche come atto di esercizio del primo; è appena il caso di

possibilità che, in alcune ipotesi, specie privatistiche, il presupposto suddetto sia costituito da una manifestazione di volontà del soggetto, di carattere sostanziale, di volere la modificazione giuridica, che è richiesta al giudice mediante l'esercizio del potere astratto di agire; e ciò, malgrado la evidente artificiosità di una duplicazione di atti del privato, tendenti ad un unico risultato, sul piano sostanziale, e sul piano processuale. Ad ogni modo, una manifestazione di volontà del genere deve essere delineata come l'esercizio di un potere, il quale, però, si presenta con caratteri ben diversi da quello che sarebbe da ravvisarsi nel processo costitutivo, secondo le teorie del CHIOVENDA e dell'ALLORIO; infatti, l'esercizio di tale potere non provocherebbe la formazione dell'effetto costitutivo, come sostiene il CHIOVENDA, neppure con l'intermediazione della sentenza, che dovrebbe fungere da *condicio juris*, giacchè tale esercizio sarebbe solo il presupposto necessario, perchè venga pronunciata la sentenza stessa, alla quale si ricollegerebbe esclusivamente l'effetto costitutivo medesimo. D'altro canto, il potere in parola si differenzerebbe anche da quello che sarebbe da ravvisarsi nel processo in esame, secondo la teoria dell'ALLORIO, in quanto esso, come si è già detto, si svolgerebbe unicamente sul piano sostanziale, e non inciderebbe minimamente sul problema dei rapporti tra diritto e processo.

Ma, a parte l'ipotesi sopra prospettata, la quale, del resto, lo si ripete, è di molto problematica verificaione, sembra che, normalmente, i presupposti, alla cui sussistenza la legge vincola l'emanazione della pronuncia costitutiva da parte del giudice, abbiano carattere obbiettivo. E un esempio assai cospicuo di ciò, è proprio dato dal processo amministrativo, a proposito del quale, come si è visto, non è possibile rinvenire un potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto, giacchè la individuazione di un potere del genere cozzerebbe contro i carat-

far rilevare quanto questa costruzione appaia artificiosa (cfr. in questo senso: FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 165, in nota).

teri che si devono attribuire alla situazione giuridica sostanziale nel privato, nei confronti della pubblica Amministrazione⁽¹⁰¹⁾.

Per tale ragione, sembra che meriti pienamente di essere ripresa la tesi, sostenuta sintenticamente dal SATTA, in uno scritto ormai non più troppo recente⁽¹⁰²⁾; tesi, la quale, come è noto, è rimasta in dottrina del tutto isolata⁽¹⁰³⁾ e, anzi, è stata fatta oggetto di vivaci critiche⁽¹⁰⁴⁾.

Tale tesi, appunto, afferma il carattere obbiettivo dei presupposti cui è vincolata la pronuncia costitutiva del giudice; e, tra l'altro, si riferisce esplicitamente, al riguardo, all'inadempimento, all'incertezza, al vizio del rapporto.

Non si può indicare in via generale, comunque, quali siano, in concreto, i presupposti alla cui sussistenza la legge vincola la pronuncia costitutiva del giudice; tali presupposti, infatti, variano, in dipendenza delle diverse ipotesi di processo costitutivo. Nel caso previsto dall'art. 2932 cod. civ., per esempio, in cui il giudice pronuncia una sentenza che ha gli stessi effetti costitutivi di un contratto, alla cui stipulazione le parti si erano precedentemente obbligate, il presupposto di tale sentenza è, evidentemente, il preliminare.

Viceversa, nel caso in cui la pronuncia ha per effetto l'an-

⁽¹⁰¹⁾ *Contra*, invece, GARBAGNATI, il quale afferma la applicabilità anche al processo amministrativo, della teoria di CHIOVENDA, relativa al processo costitutivo civile, e costruisce in modo corrispondente l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo stesso (*La giurisdizione amministrativa*, Milano 1950, pag. 58 ss.; cfr. anche: NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, pag. 258, 280; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, pag. 265 ss.).

⁽¹⁰²⁾ *Premesse generali*, etc., cit., pag. 350.

⁽¹⁰³⁾ Cfr., però, CARNELUTTI: « Si dà giurisdizione d'accertamento costitutivo quando l'esistenza della situazione giuridica giudizialmente dichiarata dipende dalla dichiarazione giudiziale, la quale ne forma perciò un fatto costitutivo » (*Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3ª ed., Roma 1942, vol. I, pag. 34); da notare che nell'ultima edizione delle *Istituzioni* (5ª ed., Roma, 1956), il passo riportato è stato modificato, sostituendo « rapporto giuridico » a « situazione giuridica » (vol. I, pag. 35).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., soprattutto: SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 304; v. anche: ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 104.

nullamento di un atto, non pare che occorra spendere molte parole, per dimostrare che il relativo presupposto è dato da quella qualità dell'atto, che ne provoca il suo annullamento: ossia, quella sua contrarietà alla norma, la quale, nel campo del diritto amministrativo, viene usualmente definita illegittimità.

E poichè, come è ovvio, l'oggetto del giudizio nel processo costitutivo è dato da quei presupposti, alla cui sussistenza la legge condiziona la pronuncia costitutiva, possiamo ribadire la conclusione cui si era già precedentemente pervenuti: non pare dubbio cioè, che, nel processo amministrativo, l'oggetto del giudizio sia dato dalla questione di legittimità dell'atto impugnato.

• 25. Sulla base della conclusione di cui alla fine del precedente paragrafo, si può adesso procedere alla determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione della pregiudizialità nel processo amministrativo, valutando quest'ultima sotto un profilo meramente logico.

Secondo l'angolo visuale scelto nel presente lavoro, il fenomeno della pregiudizialità viene qui considerato nel suo manifestarsi nell'*iter* logico compiuto dal giudice. Si è già precedentemente esaminato, che, da questo punto di vista, il principio generale, in base al quale è possibile determinare il limite finale di tale fenomeno, è quello per cui la pregiudizialità ha termine là dove comincia l'accertamento giudiziale propriamente detto, e cioè l'accertamento che verte sull'oggetto del giudizio in senso tecnico. Ora, poichè si è visto che l'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo, è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, è possibile tracciare una specificazione del principio generale anzidetto, in relazione al tipo di processo che qui interessa; ossia, è possibile affermare che, nel processo amministrativo, l'ambito della pregiudiziale arriva, senza, ovviamente, ricomprenderlo, fino all'accertamento della legittimità o della illegittimità dell'atto impugnato.

Questa sembra che sia la formulazione più precisa che si