

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

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

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-

<sup>(101)</sup> *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.).

<sup>(102)</sup> *Premesse generali*, etc., cit., pag. 350.

<sup>(103)</sup> 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).

<sup>(104)</sup> 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

può dare, in linea generale, del limite della pregiudizialità nel processo che ci interessa; la possibilità dell'indicazione di ogni ulteriore dettaglio al riguardo, pare, infatti, preclusa dalla infinita varietà di ipotesi che offrono, in concreto, le singole fattispecie.

Piuttosto, tale formulazione può essere maggiormente illustrata, con l'esposizione, almeno a grandi linee, del possibile oggetto degli accertamenti pregiudiziali (in senso logico); in altre parole, oltre all'indicazione meramente negativa dell'ambito di manifestazione della pregiudizialità nel processo amministrativo, indicazione ottenuta mediante la determinazione del limite finale di tale ambito, è anche possibile accennare a qualche spunto positivo, delineando il normale oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel tipo di processo che qui interessa.

Il punto di partenza di ogni considerazione al riguardo è offerto dalla banale, e, forse, inesatta, ma, comunque, qui sufficiente nozione istituzionale, che concerne i caratteri della strutturazione dell'*iter* intellettuale del giudice; nozione, come è noto, in base alla quale tale *iter* si modella secondo lo schema del sillogismo: premessa minore, premessa maggiore, conclusione.

In genere, si afferma comunemente, la premessa minore del sillogismo giudiziale è costituito dalla singola fattispecie concreta portata all'esame del giudice; tale fattispecie, nei suoi molteplici elementi, è ricostruita, a sua volta, mediante varie serie di altri sillogismi, variamente interferenti tra loro: sul punto, non resta che richiamare le considerazioni già precedentemente svolte al riguardo nella prima parte del presente lavoro<sup>(105)</sup>. Si ricorderà qui solo che le conclusioni di tutta questa miriade di sillogismi, si risolvono, in definitiva, in altrettanti accertamenti, preparatori di quello vertente sull'oggetto del giudizio, e che perciò, per questo motivo, hanno carattere pregiudiziale, almeno sotto un profilo meramente logico.

<sup>(105)</sup> Vedi, *supra*, pag. 32 ss.

D'altra parte, è universalmente noto che la premessa maggiore del sillogismo giudiziale è costituita dalla norma di legge, da applicare alla fattispecie concreta previamente ricostruita<sup>(106)</sup>; e, come si è già precedentemente affermato<sup>(107)</sup>, anche tale norma è individuata, interpretata ed applicata, mediante una serie di sillogismi, nei confronti dei quali si può rilevare lo stesso carattere adesso visto: ossia, che le rispettive conclusioni si risolvono in altrettanti accertamenti logicamente pregiudiziali.

Resta ora da applicare questi criteri generali, al processo amministrativo. È ovvio, che la base per l'individuazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in questo processo, è data dall'individuazione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale propriamente detto, ossia dell'oggetto del giudizio in senso tecnico.

Se l'oggetto del giudizio è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, è evidente che l'accertamento della legittimità, o della illegittimità di questo, è il contenuto della conclusione del sillogismo del giudice amministrativo.

In base alle considerazioni che precedono, allora, la premessa minore di questo sillogismo, è costituita dall'atto amministrativo impugnato, valutato analiticamente nei suoi elementi; e la premessa maggiore, dalla norma alla cui stregua si deve giudicare della legittimità dell'atto stesso.

Per tali ragioni, si può già dare un generico contenuto all'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo: tale contenuto è costituito, anzitutto, dall'atto impugnato, e dai suoi singoli elementi, e dalla norma di legge, sulla cui base è possibile valutare la legittimità di questi.

Questa prima determinazione del contenuto dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, è

<sup>(106)</sup> Cfr., in proposito, le limpide parole di CALAMANDREI, *La genesi logica*, cit., pag. 3, 4.

<sup>(107)</sup> Vedi, *supra*, pag. 34, 35 e 190 ss.

peraltro, largamente imprecisa: infatti, da un lato, ancora non è del tutto chiaro, quali siano gli aspetti dell'atto amministrativo, che debbano essere sottoposti all'accertamento da parte del giudice; e, d'altro canto, come meglio si vedrà successivamente, tale accertamento non verte solo sull'atto. Converrà, perciò, esporre con maggiore ricchezza di dettagli il contenuto in esame.

Si può partire, anzitutto, da una analisi più approfondita dell'oggetto di quegli accertamenti, mediante i quali il giudice perviene alla ricostruzione della premessa minore del suo sillogismo: infatti, come si è visto già nella prima parte del presente lavoro, sono questi gli accertamenti pregiudiziali in senso logico che presentano una maggiore rilevanza, e nell'ambito dei quali è possibile rinvenire più numerosi anche i casi di accertamenti pregiudiziali in senso tecnico.

È appena il caso di fare rilevare, che la definizione prima data dell'oggetto di questi accertamenti come l'«atto impugnato, considerato analiticamente nei suoi elementi», sia quanto mai embrionale ed inesatta; infatti, più propriamente, e a prescindere da ogni altra considerazione appresso svolta, anche se questa fase dell'*iter* intellettuale del giudice verte sugli effettivi caratteri dell'atto impugnato, questo non è mai considerato in sé e per sé, ma sempre solo in relazione alla sua susseguente valutazione di legittimità o di illegittimità. È evidente che, almeno potenzialmente, tutti gli elementi dell'atto possono acquistare una propria rilevanza sotto il profilo indicato, ma una considerazione del genere, per quanto incontrovertibile, non è una chiarificazione appagante del modo mediante il quale gli elementi dell'atto acquistano tale rilevanza, e, quindi, in definitiva, essa non è idonea ad illustrare in modo soddisfacente l'oggetto di quegli accertamenti pregiudiziali che qui ci interessano.

È evidente che, sul piano sostanziale, la illegittimità di un atto non è altro che la conseguenza di un certo numero di fattori, che, come si vedrà, hanno la più disparata natura; per

questa ragione, la serie di accertamenti, che si conclude con la determinazione della legittimità, o della illegittimità di un dato atto, non può che verte, anzitutto, su tali fattori, e seguire puntualmente il meccanismo, mediante il quale essi provocano la illegittimità da individuare. Ogni approfondimento dell'oggetto di questi accertamenti, allora, deve necessariamente avvenire, mediante una analisi, di questi fattori, e di questo meccanismo: non pare dubbio, perciò, che una più dettagliata esposizione dei lineamenti processuali della pregiudizialità amministrativa, e del contenuto di questa, non può che essere tracciata di pari passo, con una ulteriore chiarificazione dei caratteri della situazione giuridica sostanziale di illegittimità dell'atto.

Diciamo subito che il meccanismo attraverso il quale opera la illegittimità degli atti amministrativi appare ancora molto misterioso, allo stato attuale della dottrina; e la circostanza, che il tema è stato sottoposto ad innumeri elaborazioni, da un lato non può essere di molto aiuto, dato che queste non hanno portato a risultati accolti con un soddisfacente accordo; dall'altro, non è altro che un sintomo della estrema delicatezza della materia; delicatezza, anzi, la quale, sembra rendere insufficiente ogni cautela nell'affrontare il tema, specie se questo non è considerato *ex professo*. Per tale ragione, in questa sede non ci si può non limitare all'indicazione di una serie di spunti, svolti all'unico scopo di mostrare quale è il terreno, nel quale si deve ricercare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, e a dare una qualche sommaria sistemazione, alla grande ricchezza e multiformità di elementi, che in tal modo saranno individuati.

Converrà procedere per gradi, e descrivere, anzitutto, alcune ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo, così come esse si presentano ad un esame superficiale; tali ipotesi non sono scelte, evidentemente, con intenti sistematici, ma solo perché esse possono offrire, nel loro complesso, un paradigma ab-

bastanza completo dei fattori che possono acquistare rilevanza per l'illegittimità dell'atto amministrativo, e del loro modo di operare, e, per tale ragione, esse valgono a mostrare quali possono essere gli oggetti degli accertamenti relativi.

La prima ipotesi cui accennare, è quella che ricorre quando l'atto amministrativo è viziato, perchè dispone qualcosa, che è vietato dalla legge: valutando questo caso secondo le comuni impostazioni dottrinali, si dirà, allora, che, in tale ipotesi, l'atto è viziato nel suo contenuto; è, questa, un'affermazione, in un certo senso, senz'altro esatta, per quanto la nozione di contenuto dell'atto non sia in realtà delle più chiare, e, comunque, delle meno controverse <sup>(108)</sup>.

D'altro canto, sembra che il contenuto dell'atto amministrativo debba ricomprendere non solo il suo dispositivo, ma anche quella parte di esso, in cui è indicato il procedimento, mediante il quale si è pervenuti all'emanazione dell'atto stesso, l'enunciazione delle circostanze di fatto e di diritto che sono alla base di questo, e, infine, l'esposizione dei motivi: in una parola, la motivazione, intendendo questa espressione nel senso più lato possibile <sup>(109)</sup> <sup>(110)</sup>.

<sup>(108)</sup> Come è noto, la contrapposizione tra forma e contenuto dell'atto, in generale, è stata fatta oggetto di vivaci critiche dal GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, pag. 310, 311. Tale contrapposizione è, invece, utilizzata dal LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano 1941, pag. 13 ss.; v., *ivi*, l'impostazione del problema nei confronti dell'atto amministrativo, ed ampie citazioni sullo stato della dottrina, cui *adde*, fra gli altri, in senso favorevole alla distinzione, ma con una certa cautela, ZANOBINI, *Corso*, cit., vol. I, pag. 252. Dal canto suo, il MIELE arricchisce la contrapposizione tra forma e contenuto, con una serie di ulteriori suddivisioni, di cui è necessario tener conto, per avere un quadro completo della delicatissima materia (*Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 139).

<sup>(109)</sup> Come è noto, nella prassi e nella giurisprudenza, si fa riferimento, di solito, ad un concetto assai ampio di motivazione, il quale non ricomprende solo quella esposizione dei motivi dell'atto, che è chiaramente indicata dalla stessa lettera del termine, ma anche la narrazione delle circostanze di fatto e diritto, in base alle quali l'atto stesso è emanato (c.d. « giustificazione »), e perfino l'indicazione delle norme di legge, che sono la fonte del potere, di cui l'atto costituisce l'esercizio. Per precisazioni, sotto vari profili, della nozione di motivazione, v.:

Per tale ragione, sempre nell'ipotesi in cui l'atto è viziato, perchè ha un contenuto diverso da quello previsto dalla norma, si dovrebbero far rientrare quei casi in cui l'atto contenga una motivazione, quando questa è, viceversa, vietata, oppure, al contrario, non contenga una motivazione, oppure contenga una motivazione insufficiente, quando questa era obbligatoria.

SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 261; GIANNINI, *Lezioni*, cit., pag. 294 e 337; JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma 1933, pag. 43.

<sup>(110)</sup> Come è noto, parte della dottrina si accosta ad una tendenza, talvolta inespressa, talvolta, viceversa, esplicitamente affermata (v., per esempio: RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7<sup>a</sup> ed., Milano 1945, pag. 98), secondo la quale il solo dispositivo dell'atto costituirebbe il contenuto di questo; in base a tale tendenza, allora, si dovrebbe far rientrare nella « forma » dell'atto anche la sua motivazione (in questo senso, tra gli altri, v.: VITTA, *Diritto amministrativo*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1950, vol. I, pag. 388, 389; cfr. anche la ricca letteratura citata dal LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, etc., cit., pag. 25, nota 27).

Non pare, però, che questa conclusione possa essere accolta; infatti, la motivazione, nell'ampio significato con cui questo termine è inteso nel testo, ha una rilevanza sostanziale (v.: SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pagina 258); più precisamente, essa sembra costituire la parte espositiva dell'atto, la quale, non meno di quella dispositiva, rientra nel contenuto di questo (così, v., soprattutto: KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910, pagina 180; cfr. il passo riportato da LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, etc., cit., pag. 25, nota 29).

Nè, del resto, sembra possibile arrivare a diversa conclusione, sulla base di quella nozione di forma dell'atto che appare preferibile, e cioè quella cui si aderisce nel testo.

È da notare, peraltro, che, se si fa rientrare la parte espositiva dell'atto nella sua forma, appaiono perfettamente giustificati i rilievi critici che il GIANNINI svolge nei confronti della contrapposizione tra forma e contenuto; tale autore, infatti, nota giustamente che, anche se la motivazione è considerata come un elemento formale, essa, ciò non di meno, deve pur assumere a sua volta una determinata forma (orale, scritta, etc.), pur avendo un proprio contenuto; si dovrebbe parlare, così, di forma e contenuto della motivazione, la quale, peraltro, dovrebbe essere considerata come forma dell'atto: « ...dovrebbe un giuoco di scatole cinesi di forme e di contenuti che disorienta del tutto... » (*Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 295).

Viceversa, se si accoglie la nozione di forma dell'atto di cui nel testo, ricomprendendo la motivazione, corrispondentemente, nel contenuto dell'atto, pare possibile superare tali rilievi critici del GIANNINI, salvando la tradizionale contrapposizione in parola; sotto questo profilo, si potrebbe anche evitare la costruzione di una categoria di elementi dell'atto amministrativo, la quale, come taluno ha sostenuto, dovrebbe essere tenuta distinta sia dalla forma, come dal contenuto (v.: LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 19).

Accanto a questa ipotesi, sembra doveroso collocare l'altra, in cui l'atto è viziato per ragioni formali. Certo, l'esatta individuazione di quando ricorra questa seconda ipotesi, è subordinata alla stessa riserva cui si è precedentemente accennato, e che concerne la validità della contrapposizione tra forma e contenuto dell'atto. Conformemente, del resto, alla riconduzione della motivazione al contenuto dell'atto, si può rilevare come la validità di questa contrapposizione può essere salvata, solo a patto di attribuire alla nozione di forma dell'atto, dei caratteri estremamente rigorosi: si dovrebbe intendere, cioè, per forma dell'atto, solo il modo, con cui esso « ... si manifesta oggettivamente » <sup>(111)</sup>. Per tale ragione, il vizio dell'atto che può acquistare rilevanza solo formale, è quello che ricorre quando esso è stato emanato, poniamo, oralmente invece che per iscritto, oppure per iscritto, ma non con i requisiti dell'atto pubblico, e così via.

La terza ipotesi cui si deve qui accennare, è quella in cui l'atto è viziato per incompetenza, perchè esso è stato emanato da un organo della pubblica Amministrazione diverso da quello previsto dalla legge.

Altra ipotesi che qui interessa esaminare, ricorre, inoltre, quando l'atto è illegittimo, perchè dispone una regolamentazione di un dato rapporto, la quale è ingiustificatamente differenziata, rispetto alla regolamentazione, disposta da altri atti amministrativi, di rapporti aventi caratteri analoghi; oppure, quando l'atto è illegittimo, perchè il suo contenuto presuppone l'esistenza di determinate circostanze di fatto, o di date situazioni giuridiche, le quali, viceversa, nella realtà effettivamente non sussistono: si è in presenza, cioè di atto illegittimo perchè

<sup>(111)</sup> MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 139; cfr. anche: LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, etc., cit., pag. 16; in diritto privato, nel senso di cui nel testo, v.: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1952, pag. 125, 126; cfr. anche: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s. a., pag. 439.

viziato da eccesso di potere, per disparità di trattamento, o per travisamento di fatti, o per insussistenza di presupposti.

E ancora si ricorderà: l'ipotesi in cui l'atto è illegittimo, perchè è stato emanato senza che sussistano delle circostanze di fatto, o delle situazioni di diritto, alla cui esistenza, invece, la legge subordina l'emanazione dell'atto stesso. Anche in questo caso, si ha un vizio dell'atto, per insussistenza di presupposti, intendendo, però, questa espressione, in un senso ben diverso di quello con cui ci si è riferiti ad essa nell'ipotesi precedente.

Infine, si deve accennare ad una ipotesi, che nel campo del diritto amministrativo assume una rilevanza particolare; l'ipotesi, cioè, nella quale l'atto deve essere emanato mediante un procedimento.

Prescindendo da ogni valutazione, inerente alla notevole ricchezza di profili che questa nozione presenta <sup>(112)</sup>, qui interessa, soprattutto, l'aspetto di essa, per cui l'illegittimità di un atto, che appartiene ad una serie procedimentale, provoca l'illegittimità di tutti gli atti, a questo successivi, e che trovano in esso il loro presupposto; e, in particolare, dell'atto finale dell'intero procedimento.

Si suole parlare, a questo proposito, della c.d. invalidità derivata <sup>(113)</sup>. Tale nozione è ben nota in dottrina, per quanto essa non sia mai stata analizzata con sufficiente profondità, e ad essa si fa riferimento, per spiegare, appunto, le conseguenze

<sup>(112)</sup> Fra le trattazioni più recenti del tema, v., soprattutto: CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, pag. 115 ss.; GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, pag. 13 ss.; cfr., *ivi*, ricche citazioni bibliografiche.

<sup>(113)</sup> Cfr. in proposito soprattutto: SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, pag. 174, 332 e 345, e, a pag. 332, alla nota 59, l'indicazione della scarsissima bibliografia sull'argomento, cui adde: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 171, che definisce con la consueta chiarezza i caratteri dell'istituto; cfr. anche: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, pagina 316, il quale descrive il fenomeno della ripercussione del vizio di un atto appartenente ad una serie procedimentale, su altro atto, appartenente alla medesima serie, senza, peraltro, fare esplicito riferimento alla nozione di invalidità derivata.

sulla validità di un atto del procedimento, dell'invalidità di un atto a questo precedente <sup>(114)</sup>.

Nel corso del proseguimento del presente lavoro, si renderà necessario esaminare più da vicino la nozione in parola, e a tale momento si rimanda, perciò, lo svolgimento di alcune considerazioni al riguardo <sup>(115)</sup>; fin d'ora, però, si può rilevare come, proprio per i caratteri di tale nozione, essa non possa spiegare tutti i casi, in cui l'atto è illegittimo, per un vizio che è intervenuto nello sviluppo del procedimento, mediante il quale si è pervenuti alla sua emanazione: ad essa non può essere ricondotto, infatti, il caso più semplice che ricorre in proposito, e cioè quello che si ha quando tale atto è illegittimo, perchè è stato omesso *tout court* un passaggio necessario del procedimento stesso (parere, proposta, etc.).

Nella descrizione dei caratteri esteriori del fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, ci si può, ormai, fermare qui: le ipotesi cui si è accennato, infatti, pur nella loro frammentarietà e disorganicità, offrono già un materiale da sotto-

<sup>(114)</sup> Costituisce separato problema, quello che concerne i rapporti che intercorrono tra la nozione di procedimento, e la figura di invalidità derivata. Da un lato, infatti, non è sicuro che questa figura assuma rilevanza solo nell'ambito del procedimento, potendo essa manifestarsi, forse, anche nei confronti di atti amministrativi, connessi tra di loro, ma non facenti parte di una unica serie procedimentale; è evidente, peraltro, come per il chiarimento di questo aspetto del problema, giuochino un ruolo assolutamente preponderante i caratteri che, secondo le varie teorie, si devono attribuire alla nozione di procedimento: più questa risulta ampia, e meno ipotesi sono formulabili, nelle quali la invalidità derivata si manifesta al di fuori di essa.

Per contro, la stessa figura di invalidità derivata sembra non poter comprendere tutti i casi in cui la invalidità di un atto si ripercuote su quella di un altro atto, specie se questo si verifica al di fuori di una serie procedimentale; cfr., a questo proposito, una fattispecie civilistica assai interessante, la quale, peraltro, non appare risolvibile alla luce dei concetti amministrativistici della materia (Trib. Milano, 2 maggio 1949, in *Tem*, 1951, 154, con nota del GRASSETTI: *Negozi collegati, negozio illegale e ripetibilità di pagamento*); per un caso di negozi collegati, in cui la invalidità di uno si ripercuote sull'altro, v., da ultimo: Cass., 25 febbraio 1958, n. 629, in *Foro it.*, 1958, I, 550.

<sup>(115)</sup> Cfr., *infra*, pag. 469 ss.

porre ad analisi, per tentarne una sistemazione, il quale è sufficientemente ricco e multiforme.

I fattori che possono acquistare rilevanza, nell'illegittimità dell'atto amministrativo, sono già rappresentati in esso, con una varietà di tipi che può bastare; piuttosto, proprio questa notevole varietà, non fa altro che far maggiormente risaltare l'oscurità in cui è ancora avvolto il meccanismo, attraverso il quale tali fattori operano; e ad esso converrà rivolgere l'attenzione.

Si dovrà richiamare, a questo proposito, qualche concetto relativo ai lineamenti dogmatici dell'illegittimità dell'atto amministrativo; nei limiti in cui tali concetti sono generalmente accolti, oppure corrispondono ad impostazioni dottrinali le quali, pur discusse, sono comunemente note, si prescindereà da inutili citazioni bibliografiche; queste, comunque, dato il carattere generalissimo dell'argomento trattato, saranno sempre contenute entro limiti assai ristretti, per non appesantire eccessivamente il lavoro.

La nozione a livello istituzionale dell'illegittimità dell'atto amministrativo pone l'accento, come è noto, sulla disformità dell'atto stesso da una norma di legge <sup>(116)</sup>.

Appare evidente che, secondo tale definizione, l'illegittimità dell'atto amministrativo è una nozione, che costituisce una più dettagliata specificazione di un concetto più ampio, seppure di incerta denominazione, e che si riferisce alla disformità dal paradigma legislativo dell'atto giuridico in genere <sup>(117)</sup>. Si vedrà, inoltre, in seguito, come la nozione che qui interessa deve essere più esattamente definita, nei confronti dell'ampio

<sup>(116)</sup> Per semplicità, si prescinde qui dall'ipotesi, in cui la invalidità dell'atto discenda da un vizio di merito, e cioè sia provocata da una disformità dell'atto stesso, da criteri di opportunità, di convenienza, di equità amministrativa, etc.; sul punto, v., *supra*, la nota 64, pag. 260.

<sup>(117)</sup> Cfr., in argomento: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, etc., cit., pag. 334, 345; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, pag. 388.

concetto accennato, anche per quel che riguarda la precisazione della categoria di norme, della cui violazione si tratta.

Questa definizione dell'illegittimità, di per sè, direbbe poco ai nostri fini, se essa non fosse completata con l'indicazione dei caratteri dell'atto cui essa si riferisce: la dottrina, a questo proposito, è comunemente orientata, nel senso di definire l'atto amministrativo come una manifestazione di volontà, di scienza, di desiderio, etc.; è evidente, in questo orientamento, l'influenza del concetto privatistico del negozio, come manifestazione di volontà. E tale influenza si estende anche all'analisi degli elementi dell'atto amministrativo, i quali, nella maggior parte delle trattazioni, sono puntualmente ricalcati sugli schemi di quelli del negozio privato: soggetto, oggetto, causa, etc.

È proprio nei confronti dell'atto amministrativo, così definito, e così analizzato nei suoi elementi, che, normalmente, si formula la teoria della illegittimità di questo: sono ben noti tutti gli sforzi di ricollegare le varie ipotesi di tale illegittimità con una disformità dell'uno o dell'altro elemento dell'atto, dal paradigma legislativo di questo.

Sembra che questo ordine di idee non sia del tutto idoneo a portare al risultato di una sistemazione soddisfacente della delicata materia; e può darsi che molte delle oscurità che sussistono ancor oggi relativamente alla teoria della invalidità degli atti amministrativi, non siano altro che la diretta conseguenza della scelta di un inadeguato punto di partenza.

S'intende, che così dicendo non si vuole affatto contestare il carattere di dichiarazione di volontà, di scienza, di desiderio, che, volta a volta, l'atto amministrativo, nei suoi vari tipi, può assumere; solo, si vuole rilevare che tale carattere non pare costituire l'angolo visuale migliore, per una analisi dell'atteggiarsi della illegittimità dell'atto stesso.

In corrispondenza di questo rilievo, si può aggiungere come non si vuole neppure negare che la illegittimità dell'atto sia la conseguenza di una sua disformità dal paradigma legislativo;

solo, anche a questo proposito, non si può non osservare, come non sia ancora dimostrato che in tutte le ipotesi in cui l'atto amministrativo è illegittimo, esso si presenta come disforme dalla norma, in qualcuno dei suoi elementi, individuati nel modo prima indicato; e, in ogni caso, si può affermare che, in alcune ipotesi di illegittimità, questa non è mai rilevabile in base ad una diretta analisi degli elementi dell'atto stesso, che sarebbero difformi dalla norma, o quanto meno, solo di questi.

Gioverà dar conto brevemente delle considerazioni adesso svolte; e, a questo proposito, è opportuno esaminare quelle ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo, che si sono prima raccolte come oggetto di analisi, alla luce di quella disformità dalla norma dell'atto, analizzato negli elementi sopra indicati, la quale è normalmente affermata dalla comune dottrina.

Sotto questo profilo, non c'è dubbio che non presenti la minima difficoltà, l'individuazione di tale difformità, nelle prime ipotesi sopra esposte di illegittimità dell'atto amministrativo: quando, cioè, l'atto stesso dispone qualcosa che è vietato dalla legge, o contiene una motivazione che è vietata, oppure non contiene una motivazione obbligatoria, etc.: si tratta di casi, è evidente, in cui la illegittimità dell'atto è immediatamente rilevabile, sulla sola base dell'esame di quell'elemento di esso, che normalmente, e salvo qualche voce contraria, viene definito come « il contenuto ».

Già leggermente meno limpida, però, è l'ipotesi successiva: quella, cioè, in cui l'atto è viziato per incompetenza; da un lato, se l'atto è emanato da un organo diverso da quello previsto dalla legge, anche se appartenente allo stesso ente, non si può negare che una disformità dallo schema legislativo dell'atto stesso esista, giacchè è evidente che l'elemento soggettivo abbia sempre una diretta rilevanza, nel quadro degli elementi dell'atto, comunque analizzati; d'altra parte, però, tale rilevanza non è, forse, di primissimo piano, nell'ipotesi che qui interessa; e, soprattutto, ancora è tutt'altro che chiaro quale

sia il meccanismo mediante il quale viene a incidere sulla conformità dell'atto alla norma, la circostanza che esso sia emanato da un organo diverso da quello previsto dalla legge, ma pur sempre appartenente allo stesso soggetto: sono i lineamenti della nozione stessa di competenza, che devono costituire la base per tracciare i caratteri di questo meccanismo; ed è ben noto come tali lineamenti siano ancor oggi assai oscuri <sup>(118)</sup>.

La successiva ipotesi comunque presenta ancora maggiori difficoltà di inquadramento nell'ordine di idee in esame. Di tale ipotesi, si ricorderà, sono stati esemplificati i casi in cui l'atto amministrativo è illegittimo per eccesso di potere, giacché realizza una disparità di trattamento di fattispecie analoghe, oppure è basato su circostanze di fatto e diritto, le quali, in realtà, non sussistono (eccesso di potere per travisamento dei fatti).

È comunemente accettato che la disparità di trattamento di fattispecie analoghe, e il travisamento dei fatti, costituiscono degli indici, dei « sintomi » di una disformità dalla norma, la quale risiederebbe nell'atto.

Anzitutto, si può rilevare come, anche a considerare esatta, come probabilmente è, tale affermazione, rimanga ancora da chiarire, in che modo tale disformità operi.

In questa sede, non è evidentemente nè opportuno, nè, addirittura, possibile, richiamare l'intera, ricchissima letteratura, concernente la natura dell'eccesso di potere, nella multi-formità delle sue manifestazioni; si può solo notare come, la tendenza attualmente dominante, ponga l'accento, al riguardo, su una disformità dalla norma, di un elemento dell'atto e precisamente del complesso causa-motivi. Crediamo che questa impostazione sia senz'altro giusta; ma, malgrado l'esattezza di tale posizione di partenza, la materia è ben lungi dall'aver trovato una soddisfacente sistemazione: questa impostazione, in-

<sup>(118)</sup> Cfr., in proposito, i rilievi di GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 295, 296.

fatti, rinvia a sua volta a nozioni quanto mai incerte e controverse, quali quelle, appunto, della causa e dei motivi dell'atto amministrativo, e che attendono ancora una precisazione dei loro caratteri che accolga un qualche accordo in dottrina; anzi, non solo sono da determinare più chiaramente i lineamenti di esse, e i loro rapporti reciproci, ma attende ancora conferma l'esistenza di una di queste, nel quadro degli elementi dell'atto amministrativo.

Comunque, anche se si arrivasse ad una precisazione del genere, e si delineasse limpidamente in che cosa consisterebbe la disformità dell'elemento causa-motivi nell'ipotesi in esame, e la sua rilevanza nel quadro generale degli elementi dell'atto, resta sempre un fatto incontrovertibile: tale disformità, che riguarderebbe direttamente l'atto, per un verso non sarebbe mai rilevabile direttamente dall'atto stesso: essa, sotto questo profilo, risulta dall'analisi del trattamento di altre fattispecie, analoghe a quella regolata dall'atto di cui si tratta, oppure dall'accertamento dell'effettiva sussistenza di quelle circostanze di fatto o di diritto, le quali sono presupposte nell'atto stesso: analisi, dunque, di elementi, di per sé del tutto estrinseci, rispetto a tale atto.

Ma anche per quel che riguarda gli altri dati, sulla cui base rilevare quella particolare ipotesi di illegittimità in esame, e cioè gli elementi dell'atto, della cui legittimità si discute, tali elementi, è da notare, non sono quelli, della cui conformità alla norma si tratta, ma elementi diversi: infatti, nel caso di disparità di trattamento, si tratterà di vedere se la regolamentazione disposta dall'atto, è o no diversa, da quella disposta da altri atti amministrativi, per circostanze analoghe; ossia, si tratterà di accertare il contenuto dell'atto stesso. Nel caso, invece, del travisamento dei fatti, l'oggetto dell'esame sarà, anche qui, lo stesso contenuto, sia che le circostanze di fatto o di diritto che sono poste alla base dell'atto, siano implicitamente presupposte nel dispositivo di questo, sia che, viceversa, siano esplici-

citamente esposte nella motivazione. In ambedue i casi, quindi, non entra direttamente in questione quel complesso causa-motivi, nel quale, come si è visto, nell'ipotesi di eccesso di potere, dovrebbe risiedere la disformità dell'atto dalla norma.

Comunque, l'ipotesi che precede, costituisce, un po', il ponte di passaggio verso le ultime ipotesi precedentemente esposte: quella, in cui l'atto è illegittimo, perchè non sussistono quelle circostanze di fatto o di diritto, alla cui esistenza, viceversa, la legge subordina l'emanazione dell'atto stesso; e l'altra, in cui l'atto è illegittimo, perchè è invalido un altro atto del procedimento mediante il quale è stato emanato, oppure, addirittura, un passaggio di questo è stato interamente saltato.

In ambedue queste ipotesi, da un lato, la disformità nei confronti della norma, da cui sarebbe affetto un qualche elemento dell'atto, non sarebbe mai rilevabile dall'esame dell'atto stesso, ma si deve fare riferimento ad elementi ad esso estrinseci, come nell'ipotesi che precede. Anzi, nelle due ipotesi ora in esame, l'accertamento volto a individuare tale disformità, non verte neppure in parte sull'atto di cui si tratta, ma ha per oggetto esclusivo questi elementi.

D'altro canto, a differenza dell'ipotesi sopra indicata, non risulta neppure che sia stata avanzata in dottrina qualche opinione, per rinvenire anche nell'illegittimità dell'atto per carenza di presupposti, o per vizio nel procedimento, una disformità dell'atto stesso, in qualche suo elemento, dal paradigma legislativo.

Per un verso, gli elementi i quali sicuramente sono difformi dal paradigma legislativo, appaiono del tutto estrinseci, come si è detto, all'atto: nel caso delle circostanze di fatto e di diritto, alla cui sussistenza la legge subordina l'emanazione dell'atto, la dottrina di gran lunga dominante è nettamente orientata ad escludere che tali circostanze facciano parte dell'atto; una opinione diversa si potrebbe avere solo sulla base dell'accoglimento di una nozione così ampia di elemento dell'atto, da poter

ricomprendere in esso anche quelle entità, che fungono da presupposti rispetto all'atto stesso <sup>(119)</sup>, e, in genere, quelle condizioni di legittimità, le quali, comunemente, sono considerate a questo estrinseche <sup>(120)</sup>.

Per quel che riguarda la nozione di procedimento, poi, attualmente più nessuno dubita che i singoli atti che lo compongono, non costituiscono elementi dell'atto finale, oppure, insieme a questo, dell'atto-procedimento: la teoria orientata, viceversa, in questo senso, e così, appunto denominata, la quale, come è noto, è dovuta al FORTI <sup>(121)</sup>, pur se appare come una fase di notevole interesse nell'evoluzione della nozione in parola, è stata poi successivamente criticata <sup>(122)</sup>, e sembra ormai superata dalle più raffinate elaborazioni del tema.

Se non si ricomprendono nel concetto di elementi dell'atto, quelle entità, le quali, nelle ipotesi ora in esame, appaiono chiaramente come disformi dalla norma, non è facile vedere quale elemento dell'atto, in senso stretto, si possa porre in disformità dal paradigma legislativo, in seguito alla disformità di esse; in tali ipotesi, rimane ancora da chiarire, perciò, se l'atto, sicuramente illegittimo, è anche, di per sè, non conforme alla norma, per quel che riguarda quei suoi elementi.

Se si vuole mantenere in ogni caso l'aggancio, tra illegittimità dell'atto, così come è stato precedentemente definito, e di-

<sup>(119)</sup> Nella dottrina amministrativistica segue questo orientamento, soprattutto, GIANNINI, il quale, in genere, ha un concetto assai ampio di elemento dell'atto, e, in particolare, afferma che i presupposti di questo, vanno ricompresi in tale nozione (*Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 249, 295, 321 ss.).

<sup>(120)</sup> Per una tendenza restrittiva nella enumerazione degli elementi dell'atto amministrativo, v., tra gli altri: ZANONINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 244, 245; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 128 ss.

<sup>(121)</sup> « Atto » e « procedimento » amministrativo, in *Studi in onore di Ranalletti*, Padova 1931, vol. I, pag. 439 ss.

<sup>(122)</sup> Cfr., da ultimo: GALEOTTI, *Contributo alla teoria*, etc., cit., pag. 16 ss., v. i rilievi critici che MIELE già svolgeva nel 1933 (*Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, 377, 378); nella citata monografia di GALEOTTI, v. anche ampie indicazioni bibliografiche, sull'intera corrente dottrinale, che aveva, appunto, nella opinione del FORTI la sua posizione più avanzata (pag. 19, nota 9).

sformità dallo schema legislativo, di questo, o, quanto meno, di un *quid* che lo possa ricomprendere, tracciare i lineamenti nel fenomeno nelle ipotesi in parola non appare semplicissimo; senza poter affrontare in questa sede il problema *ex professo*, si può solo notare come, secondo la comune impostazione dottrinale, che è stata sin qui seguita, le soluzioni che è possibile prospettare astrattamente al riguardo, debbano essere ridotte a due.

La prima può essere così formulata: si potrebbe affermare che l'illegittimità dell'atto non deriva sempre solo da una sua disformità dalla norma, ma anche dalla disformità dallo schema legislativo, di alcuni elementi, di per sé estrinseci all'atto stesso. La nozione di disformità andrebbe riferita, perciò, non al solo atto, ma ad un complesso più ampio di elementi, uno dei quali sarebbe, appunto, l'atto stesso, e gli altri, quelle circostanze di fatto e di diritto, oppure quegli atti del procedimento, alla cui sussistenza la legge subordina l'emanazione dell'atto medesimo; si dovrebbe far riferimento, in breve, al concetto di fattispecie, comprendente l'atto, e le sue condizioni di legittimità, intendendo questa espressione nel senso più lato possibile<sup>(123)</sup>.

Non sembra, però, che possa risultare soddisfacente una soluzione, quale quella prospettata ora, la quale trova il suo fulcro nella tanto discussa, e, in realtà, tanto discutibile nozione di fattispecie; e questa considerazione pare senz'altro rafforzata dal rilievo, per cui tale nozione dovrebbe applicarsi anche all'ipotesi, in cui acquista rilevanza la figura del procedimento: le più recenti tendenze su quest'ultimo concetto, infatti, sono orientate sempre più verso una costruzione della successione di atti, che è da ravvisarsi nella serie procedimentale, in modo diametralmente opposto a quello della c.d. formazione progressiva della fattispecie<sup>(124)</sup>.

Sotto questo profilo, apparirebbe sicuramente preferibile la

<sup>(123)</sup> In argomento, cfr. i rilievi del BETTI, *Teoria generale*, etc., cit., pag. 241 e 470, 471.

<sup>(124)</sup> Cfr.: SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pag. 900, 901.

seconda soluzione cui precedentemente si è fatto cenno, per la spiegazione del fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, nelle due ipotesi ora in esame, e sempre seguendo il più possibile le correnti impostazioni dottrinali, prima indicate.

Secondo tale soluzione, la disformità dal paradigma legislativo di quegli elementi i quali, di per sé, sono estrinseci all'atto, non andrebbe valutata autonomamente, ma, al contrario, dovrebbe essere apprezzata come l'indice di un'altra disformità dalla legge, la quale, specificamente, riguarderebbe uno o più elementi dell'atto di cui si tratta; anzi, più precisamente, questa disformità potrebbe essere percepita solo sulla base della disformità di quegli elementi estrinseci. Sotto questo profilo, le ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto amministrativo dipendono da un vizio del procedimento, oppure dalla carenza di una sua condizione di legittimità, potrebbero non differire sostanzialmente, da quelle altre ipotesi, precedentemente esposte, di eccesso di potere, il quale, però, è rilevabile solo facendo riferimento a circostanze esterne all'atto.

La giustificazione di un'impostazione del genere potrebbe essere trovata, forse, nella circostanza per cui l'atto amministrativo, come, del resto, è ben noto, presenta un'accentuatissimo carattere di strumentalità, di funzionalità; tale carattere, anzi, pare costituire la nota dominante dei lineamenti di questo atto, tanto da non parer troppo azzardata l'ipotesi che esso si possa ripercuotere anche nell'interna struttura dell'atto medesimo, modellandone, in corrispondenza, i singoli elementi. D'altra parte, le condizioni di legittimità dell'atto, intendendo tale espressione in senso latissimo, sono, certo, degli elementi a questo estrinseci, ma non di meno, per il solo fatto che alla loro sussistenza la legge subordina l'emanazione dell'atto stesso, esse, sembra, devono necessariamente ricollegarsi alla funzione da questo esplicata. Per tali motivi, pare assai probabile che la disformità dallo schema legislativo di tali elementi, di per sé estranei all'atto, possa riflettersi sulla disformità dallo stesso schema,

di qualcuno degli elementi nei quali, tradizionalmente, l'atto medesimo è scomposto; quali siano questi elementi, non è questa la sede più opportuna per analizzare; ma pure prescindendo da qualsiasi approfondimento, appare facile il rilievo, che anche nell'ipotesi in esame l'attenzione debba essere concentrata sul complesso causa-motivi; anche da questo punto di vista, dunque, si ritorna verso un aspetto dell'atto amministrativo, il cui completo chiarimento sembra sempre di più che debba portare a conseguenze di grande importanza.

Ad ogni modo, pare che si sia già mostrato abbastanza, quante incertezze sussistano ancor oggi, relativamente al meccanismo mediante il quale opera l'illegittimità dell'atto amministrativo; in particolare, sembra chiaro che la nozione di disformità dell'atto dalla norma, ove sia riferita all'atto inteso come dichiarazione di volontà, di scienza, etc., costituisca un profilo, sotto il quale, attualmente, tale meccanismo non è apprezzabile in modo sufficientemente chiaro: spesso non è sicuro quali elementi dell'atto illegittimo siano disformi dalla norma, di frequente non si sa perchè e come sono disformi dalla norma, e talvolta non è neppure certo che essi siano disformi dalla norma.

In ogni caso, è tutt'altro che infrequente l'ipotesi, in cui tale disformità, anche, se, per avventura, è da ritenere esistente, possa essere rilevata solo mediante la valutazione di elementi estrinseci all'atto; e questo basta, per dubitare che essa possa costituire effettivamente un *quid*, il cui accertamento è necessario, per pervenire all'accertamento dell'illegittimità dell'atto: è appena il caso di far notare come una considerazione del genere sia importante, ove il tema in esame sia considerato dal solo angolo visuale dell'*iter* logico percorso dal giudice amministrativo.

Si avverte acuta, perciò, l'esigenza di una singolare sistemazione della delicata materia dell'illegittimità dell'atto amministrativo, e, quindi, della ricerca di diverse basi, sulle quali tale sistemazione possa essere effettuata. È evidente come un ap-

profondimento del genere riguardi, anzitutto, la teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, e, perciò, sotto questo profilo, esso sia, di per sè, assolutamente da escludere in questa sede. Resta il fatto, però, che si è potuta prospettare, fino adesso, la notevole ampiezza dei fattori che acquistano rilevanza, nel fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, per quanto il quadro che ne risulta sia ancora largamente insufficiente; ma nulla si è potuto dire, che valga ad ordinare un po' la complessità dei dati che si è delineata, a tracciare il modo con cui essi rilevano nell'illegittimità che qui interessa, e quindi, ad accennare le corrispondenti fasi di una valutazione di tale illegittimità; rimangono ancora oscuri, perciò, i momenti salienti dell'*iter* intellettuale del giudice amministrativo, e, in definitiva, la strutturazione della catena degli accertamenti pregiudiziali, nel relativo processo; e l'esigenza di un chiarimento del tema, sembra giustificare lo svolgimento di qualche schematico spunto, concernente quel delicatissimo problema di teoria generale, la cui approfondita trattazione sfugge, evidentemente, dai limiti del presente lavoro.

Nella ricerca di nuove basi, rispetto alle correnti impostazioni dottrinali, sulle quali si potrebbe tentare di tratteggiare, forse, più coerenti lineamenti del fenomeno dell'illegittimità dell'atto amministrativo, può sorgere il dubbio che la prospettiva da correggere, sia quella che risulta dalla definizione di atto che si è accolta, e sulla quale si è ordinariamente disegnata tale illegittimità. Come si è già accennato, non che l'atto amministrativo non abbia il carattere di manifestazione di volontà, di scienza, etc., a seconda dei casi; solo, può darsi che una qualificazione del genere di esso, non sia la più rispondente ai fini che qui interessano, e convenga, perciò, lasciarla relativamente in ombra; ciò comporta, anche, che si debba prescindere da quell'analisi di elementi dell'atto, secondo gli schemi tradizionali, tratti dalla pandettistica, e, di conseguenza, l'esame di essi, tendente ad individuarvi tracce di quella disformità dalla norma,

che dovrebbero esservi rinvenute, nell'ipotesi in cui l'atto sia illegittimo.

Nella scelta di un diverso e più adeguato punto di partenza, per l'analisi che qui interessa, sembra opportuno accogliere una nozione di atto, che ponga in risalto un carattere di questo, dogmaticamente assai rilevante: e cioè che l'atto costituisce sempre esercizio di un potere.

Il collegamento tra atto e potere, si badi, non è affatto una relazione che interessi studiare maggiormente nel solo diritto amministrativo, per quanto in tale ramo del diritto, analizzando i lineamenti dell'attività amministrativa, ci si riferisca più spesso che altrove ai poteri attribuiti dalla legge alla pubblica Amministrazione; al contrario, tale collegamento è da porsi alla base di ogni valutazione dell'atto giuridico in generale, senza che importi una qualche distinzione al riguardo la diversità dei campi nei quali l'atto stesso è considerato. Sotto questo profilo, appare veramente notevole una tendenza, manifestatasi di recente nel diritto privato, dove, peraltro, sembra maggiormente radicato l'orientamento tradizionale, la quale pone a base dell'intero fenomeno negoziale, l'esercizio di poteri normativi, che sono riconosciuti al privato, nella sfera della sua autonomia, dall'ordinamento statale<sup>(125)</sup>.

Evidentemente, non è il caso di affrontare in questa sede il grave problema, peraltro più volte affiorato nel corso del presente lavoro, che concerne la determinazione dei caratteri del potere giuridico, come autonoma situazione soggettiva; in proposito, non resta che rinviare a quelle considerazioni, che già precedentemente si ebbe occasione di svolgere<sup>(126)</sup>. Parimenti, non sembra opportuno entrare nella delicata questione, se tutti gli atti giuridici debbono essere ricollegati all'esercizio di un potere, oppure solo alcuni di essi: come è noto, su tale questione in dottrina sono state sostenute tutta una gamma di ipotesi, che

<sup>(125)</sup> SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 801 ss.

<sup>(126)</sup> Vedi, *supra*, pag. 86, 87.

vanno dalla soluzione più restrittiva, secondo la quale solo gli atti a carattere normativo costituirebbero esercizio di un potere<sup>(127)</sup>, a quella più ampia, per cui non solo ogni manifestazione di volontà, di scienza, etc., ma anche le stesse attività materiali, produttive di conseguenze giuridiche, andrebbero ricollegate alla situazione soggettiva in parola<sup>(128)</sup>.

Svolgendo sul tema le sole considerazioni, le quali si appalesano qui come indispensabili, per la prosecuzione del presente lavoro, si noterà che la dottrina più recente insiste molto sul carattere di situazione giuridica strumentale, che andrebbe attribuito al potere<sup>(129)</sup>, e ciò perchè tale situazione si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio; in corrispondenza di questa impostazione, tale esercizio è talvolta valutato come una particolare specie di comportamento<sup>(130)</sup>, volto alla produzione degli effetti suddetti.

Ora, pare assai fecondo per la costruzione della teoria dell'invalidità dell'atto, e, anzi, prima ancora, della sua illegittimità, partire dall'impostazione indicata, e fare centro sul potere, e sul suo esercizio, per spiegare gli schemi, attraverso i quali tale illegittimità opera. È da ricordare, che quella stessa recente tendenza civilistica cui si è fatto precedentemente cenno, orientata verso la concezione dell'atto come esercizio di un potere, risolve conformemente alle premesse anche il problema dell'invalidità dell'atto privato, facendo riferimento alla nozione di riconoscimento di esso, da parte dell'ordinamento sta-

<sup>(127)</sup> In questo senso: OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano 1953, pag. 91.

<sup>(128)</sup> Per questa tendenza così ampia, v., da ultimo: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 218 ss.

<sup>(129)</sup> Cfr. per tutti: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 68 ss., il quale riferisce il carattere di strumentalità addirittura alla personalità, in quanto questa consista nella titolarità di situazioni giuridiche soggettive strumentali, come il potere e la facoltà; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., pag. 179 ss.

<sup>(130)</sup> Nella dottrina amministrativa, per questa tendenza, v., soprattutto MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 126 ss.

tuale; tale tendenza, cioè, risolve il problema in parola, sulla base del riconoscimento da parte di questo, dell'esercizio dei poteri normativi privati, che costituiscono il fulcro dell'autonomia detta, appunto, privata<sup>(131)</sup>.

Sotto un profilo generale, il collegamento tra l'atto, come esercizio di un potere, e la sua illegittimità, può essere schematicamente delineato come segue.

Il comportamento che, come si è visto, è da ravvisarsi nell'esercizio del potere, come tutti i comportamenti che acquistano una giuridica rilevanza, è disciplinato dal diritto; più precisamente, si sa, esso è regolato, sotto vari profili, da tutta una serie di norme, le quali, per il particolare oggetto contemplato, si dicono, appunto, norme strumentali, in contrapposizione alle norme c.d. materiali.

Quali profili del comportamento siano regolati da tali norme, lo si può accennare solo assai brevemente, e senza nessuna pretesa di completezza.

Anzitutto, si deve individuare un primo gruppo di norme, le quali consistono in attribuzioni di poteri a dati soggetti, e in determinazioni dei limiti di esistenza dei poteri suddetti.

Accanto a queste, sono da rinvenire le norme di un secondo gruppo, le quali si pongono come fonte di un'ulteriore disciplina del comportamento strumentale, rispetto a quelle già indicate: le norme, cioè, che regolano l'esercizio dei poteri previamente attribuiti.

Le norme di questo secondo gruppo possono vincolare l'esercizio del potere nel modo più vario: esse possono determinare, per esempio, i presupposti, in presenza dei quali il potere può essere, o non può essere, o deve essere esercitato; oppure, possono determinare, totalmente o parzialmente, il contenuto dell'atto nel quale si risolve l'esercizio del potere: e questa determinazione può essere compiuta in assoluto, oppure riferirsi,

<sup>(131)</sup> Cfr.: SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 913 ss.

anche qui, positivamente o negativamente, alla sussistenza di dati presupposti.

E ancora: ove il potere sia stato attribuito ad un soggetto-persona giuridica, ad un soggetto, cioè, che abbia una struttura complessa, vi possono essere delle norme, le quali indicano l'organo di quella persona, che può esercitare il potere suddetto.

Tra le molte altre varie ipotesi che si possono formulare in materia, merita una particolare attenzione quella che si ricollega alla nozione di procedimento: come si è già accennato, questa nozione sarà analizzata in un momento successivo: a tale fase del presente lavoro si rimanda allora<sup>(132)</sup>, per ogni approfondimento sull'argomento. Per quel che qui interessa, si può però rilevare subito come, esaminando il problema dall'angolo visuale prescelto, nel procedimento si deve ravvisare il fenomeno, per cui l'esercizio di un dato potere, è subordinato al previo esercizio, da parte di altro soggetto, o di altro organo dello stesso soggetto, di un diverso potere: ossia, all'emanazione di un diverso atto; atto, od esercizio, che, in ogni caso, fungono da presupposto del primo.

Sulla base di queste sinteticissime considerazioni, le quali richiamano, in modo più che scheletrico, un'elaborazione dottrinale estremamente complessa, e il cui esame analitico, purtroppo qui impossibile, sarebbe del massimo interesse, si possono puntualizzare i seguenti rilievi.

Non sembra necessario spendere molte parole, per dimostrare che l'illegittimità dell'atto amministrativo deve essere delineata, in relazione alla disciplina del comportamento strumentale, costituita dalle norme del secondo dei gruppi cui prima si è accennato.

Si è già preavvertito, infatti, che la nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, deve essere precisata anche in riferimento al tipo di norme la cui violazione assume, sotto questo

<sup>(132)</sup> Vedi, *infra*, pag. 469 ss.

profilo, la propria rilevanza; la riserva allora formulata, può essere adesso sciolta, notando come tali norme sono quelle che disciplinano un potere attribuito da diverse norme alla pubblica Amministrazione.

La precisazione della nozione di illegittimità in questo senso, oltre ad essere alla base di una notissima teorica, risponde, in genere, ad un convincimento che in dottrina è abbastanza diffuso; essa, però, non sempre è esplicitamente affermata, giacchè, di solito, si preferisce definire l'illegittimità dell'atto, facendola derivare dalla violazione della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo del privato. Ma proprio questa impostazione fornisce il fondamento, per la più decisiva dimostrazione della tesi qui accolta, se mai di tale dimostrazione ce ne fosse bisogno: infatti, come più volte si è detto, secondo la teoria che appare preferibile, l'interesse legittimo che il privato può vantare nei confronti della pubblica Amministrazione, è quella situazione giuridica soggettiva, che risulta dal vincolo apposto dalla legge, all'esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione stessa; per tale ragione, è evidente che un atto amministrativo, che leda tale interesse legittimo, non può non violare, simultaneamente, anche la corrispondente norma che disciplina l'esercizio del potere nel quale esso si risolve.

Per tale ragione, poichè nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato, in tale oggetto non possono acquistare rilevanza, che la violazione di quelle norme, le quali disciplinano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione.

Questa affermazione, però, non vuole suonare come l'esclusione assoluta della rilevanza nei confronti del processo amministrativo, di quelle norme che disciplinano il comportamento strumentale, e che si sono ricomprese nel primo gruppo di queste: quelle norme, cioè, che consistono, nell'ipotesi che a noi interessa, nell'attribuzione di un potere alla pubblica Amministrazione, e nella determinazione dei limiti di esistenza di esso;

solo, si vuole negare che tali norme rilevino in relazione all'oggetto del giudizio di merito.

Infatti, se quest'ultimo è collegato alla violazione di norme che regolano l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, esso deve logicamente presupporre che l'atto, che deve essere valutato alla stregua di queste, sia stato posto in essere mediante l'esercizio di un potere spettante effettivamente alla pubblica Amministrazione, ed anche entro i limiti di esistenza del potere stesso; altrimenti, se così non fosse, non vi sarebbe luogo, evidentemente, a discutere della sua legittimità.

Per contro, questa considerazione deve ricollegarsi al notissimo orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il criterio di discriminazione della giurisdizione, tra il giudice ordinario e quello amministrativo, è individuato, appunto, sulla base della distinzione, se la contestazione cada sulla spettanza stessa alla pubblica Amministrazione, del potere di cui l'atto costituisce l'esercizio, oppure solo sulla legittimità di questo. La eventuale violazione da parte dell'atto di cui si tratta, di quelle norme che attribuiscono il potere, acquista, perciò, una propria rilevanza, in sede di determinazione della giurisdizione del giudice amministrativo, oppure ordinario, a conoscere della conformità al paradigma legislativo, dell'atto stesso; e, sotto questo profilo, costituisce una questione che può essere qui tralasciata, lo stabilire se la sussistenza di tale violazione deve essere esaminata, così come la contestazione sulla conformità dell'atto alla norma è prospettata dal ricorrente, o dall'attore, oppure su un piano di maggiore rilevanza dei caratteri oggettivi di questa conformità <sup>(133)</sup>.

Per tali ragioni, poichè la giurisdizione costituisce un presupposto processuale in senso latissimo, la violazione delle

<sup>(133)</sup> Si allude qui alla nota teoria c.d. della prospettazione, e alle sue alterne vicende; cfr., in argomento: ROMANO (ALB.), *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 339 ss.; v., *ivi*, richiami di dottrina e giurisprudenza.

norme che consistono in un'attribuzione di potere alla pubblica Amministrazione, e nella determinazione dei suoi limiti di esistenza, possono acquistare una propria rilevanza nel processo amministrativo, ma non nel giudizio di merito, bensì come oggetto di uno di quegli accertamenti processuali in senso stretto; del resto, a questa conclusione si può già arrivare sulla base del rilievo, precedentemente svolto, per cui la conformità dell'atto, a quelle norme ora in esame, deve essere logicamente presupposta, dalla valutazione dell'atto stesso, alla stregua delle norme che disciplinano l'esercizio del potere.

Converrà ritornare, però, al filo principale del ragionamento, puntualizzando con maggiore precisione gli schemi della illegittimità dell'atto amministrativo.

Riducendo il fenomeno dell'illegittimità degli atti amministrativi, alla violazione di una norma che vincola l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, occorre domandarsi in che cosa questa impostazione differisca da quella tradizionale, prima esposta, basata sulla nozione della difformità dalla norma, dell'atto amministrativo, valutato analiticamente secondo il modello degli elementi dell'atto come manifestazione di volontà, di scienza, etc.

Sotto qualche profilo, la differenza tra le due impostazioni è nulla; ambedue, per esempio, poggiano, infatti, sul concetto di conformità alla norma dell'atto, comunque considerato; nè, del resto, ciò sarebbe in qualche modo ineliminabile, perchè tutte le volte che si deve valutare un determinato *quid* alla stregua della legge, non si può prescindere dal compararlo al paradigma legislativo. E, d'altra parte, se si pone in stretta relazione l'atto con l'esercizio del potere, parrebbe, anche sotto questo profilo, che esaminare la conformità alla norma, dell'esercizio del potere, oppure dell'atto considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali, siano operazioni in tutto e per tutto coincidenti.

In realtà, pare, invece, che, almeno sotto l'aspetto dell'op-

portunità, e dell'aderenza al sistema normativo, queste due operazioni presentino una notevole differenza.

Infatti, la legge, specie nel diritto amministrativo, non predetermina direttamente, di solito, gli elementi dell'atto, ma disciplina l'esercizio del potere.

È vero, che, attraverso la disciplina dell'esercizio del potere, si determinano anche gli elementi dell'atto; infatti, quando la legge stabilisce l'organo che deve esercitare il potere, e quando e come questo deve essere esercitato, essa, in definitiva, non fa altro che predisporre anche gli elementi nei quali l'atto è tradizionalmente scomposto, ivi compresi quelli, come la causa e i motivi, che non appaiono avere una rilevanza immediatamente percepibile. E, del resto, questa corrispondenza tra l'una e l'altra forma di disciplina non potrebbe certo mancare, dato il rapporto di identità che si è stabilito, tra esercizio del potere, e atto.

D'altra parte, in sede di valutazione della legittimità di un atto, se essa dovesse essere imperniata sulla conformità di esso, considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali, con il corrispondente paradigma legislativo, questo non sarebbe direttamente reperibile, ma, al contrario, dovrebbe essere previamente ricavato per via di astrazione, sulla base della disciplina legislativa dell'esercizio del potere, e secondo gli schemi per cui questa, come si è detto, si traduce nella predeterminazione degli elementi dell'atto.

Una volta stabilita l'equivalenza, tra la conformità alla norma dell'esercizio del potere, e la legittimità dell'atto, è invece assai più semplice pervenire alla valutazione di tale legittimità, attraverso l'accertamento della conformità al paradigma legislativo di quell'esercizio. Tra l'altro, si superano completamente, così, tutte quelle questioni assai spinose, le quali insorgono, lo si è visto, quando si tratta di individuare, nelle varie ipotesi di illegittimità dell'atto, quale sia l'elemento di questo che è difforme dalla norma, e come ciò accada; questo superamento,

d'altra parte, lo si ripete ancora una volta, non vuole costituire negazione che tale disformità effettivamente sussista.

Resta il fatto, che la valutazione della legittimità di un atto, sotto qualsiasi profilo questo venga considerato, non può mai prescindere dall'esame di elementi, i quali non possono fare parte di questo; si ricordano qui quelle ipotesi di vizio nel procedimento, e di carenza delle condizioni di legittimità dell'atto stesso; ciò, però, costituisce un fenomeno del tutto ineliminabile, dal momento che la legge ha vincolato l'esercizio del potere, nell'*an* oppure nel *quomodo*, alla sussistenza delle condizioni predette.

D'altra parte, si è visto quali difficoltà di sistemazione si incontrino in tali ipotesi, se la disformità dallo schema legislativo si riferisse, direttamente o indirettamente, all'atto considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali: infatti, o si dovrebbe fare riferimento alla nozione di fattispecie, di cui l'atto stesso costituirebbe uno degli elementi, oppure, al contrario, si dovrebbe ricercare quale degli elementi dell'atto sia non conforme alla norma, con risultati tutt'altro che sicuri. Al contrario, scegliendo il punto di partenza qui proposto, sembra che tali ipotesi possano essere pianamente delineate: infatti, ove un passaggio del procedimento sia illegittimo, oppure addirittura omesso, o quando non sussistano quei presupposti, cui la legge ha subordinato l'emanazione dell'atto, la pubblica Amministrazione deve risolversi a non emanare l'atto; ossia, a non esercitare il corrispondente potere. Ora, come è stato acutamente notato, « .. quando il soggetto di un potere stabilisce di non farne uso in senso positivo... è superfluo osservare che questo uso negativo è anch'esso esercizio del potere... »<sup>(134)</sup>; è agevole, allora, ridurre il problema dell'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo, in tali casi, a quello della valutazione della conformità dell'esercizio positivo del potere che la

<sup>(134)</sup> SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario*, cit., pag. 181.

pubblica Amministrazione ha compiuto, in presenza di date circostanze, con quell'esercizio negativo che, in presenza delle stesse circostanze, la legge prescriveva: anche qui, la questione della conformità al paradigma legislativo dell'atto, considerato analiticamente nei suoi elementi tradizionali, è del tutto e vantaggiosamente superata.

È opportuno, adesso, svolgere alcune considerazioni conclusive sul rapporto che intercorre tra la violazione della norma che vincola l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e la valutazione di illegittimità di tale esercizio; l'esigenza di un chiarimento del punto è percepibile, ove si consideri che mentre l'accertamento della singola violazione implica un esame del comportamento della pubblica Amministrazione che è analiticamente limitato ad un solo aspetto di questo, la notazione di illegittimità deve riguardare, al contrario, il comportamento unitariamente considerato nel suo complesso.

Questa necessità è facilmente dimostrabile: infatti, la non osservanza di una di quelle norme che regolano un comportamento strumentale, importa che questo è totalmente o parzialmente inidoneo a provocare gli effetti voluti, giacchè o questi non sussistono (atto nullo), oppure essi, pur producendosi, hanno carattere precario, in quanto possono essere cancellati *ex tunc* (atto annullabile); come ognuno sa, l'illegittimità dell'atto amministrativo è da ricollegarsi ad una violazione di un gruppo di norme che disciplinano un comportamento strumentale, violazione, la quale provoca l'annullabilità dell'atto.

Ove, come è il caso normale, la valutazione di legittimità o di illegittimità di un atto, è compiuta al fine di considerarne la sua validità, essa non può non avere lo stesso oggetto di questa: ossia, dal momento che quel che è valido, o invalido, non può essere che l'atto, considerato unitariamente, anche la corrispondente notazione di conformità al paradigma legislativo, di legittimità, non può che riferirsi parimenti all'atto unitariamente considerato. Seguendo quest'ordine di idee, poichè l'accerta-

mento giudiziale propriamente detto, nel processo amministrativo, è preordinato all'eventuale pronuncia di annullamento dell'atto, tale accertamento deve necessariamente vertere, appunto, sulla conformità al paradigma legislativo dell'esercizio del potere compiuto dalla pubblica Amministrazione, considerato nel suo complesso.

Di contro alla nozione di legittimità, così delineata, si possono individuare analiticamente le singole disformità dallo schema legislativo, le quali si riferiscono ai vari momenti dell'esercizio del potere: quei momenti, cioè, che, come si è esemplificato precedentemente, possono essere disciplinati da una norma di carattere strumentale; e tali momenti, proprio in quanto specifico oggetto di questa disciplina, possono essere considerati, in un certo senso, in modo autonomo <sup>(135)</sup>.

Volendo determinare il rapporto che intercorre tra la violazione della singola norma che regola l'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e l'illegittimità, che deve essere riferita all'intero comportamento di questa, si può rilevare come non pare dubbio che tale rapporto sia di causa-effetto; ossia, che la singola violazione di legge sia la causa dell'illegittimità dell'intero comportamento. La dimostrazione della esistenza nel nostro ordinamento, di una norma, per cui si può dire legittimo un atto, solo quando siano conformi alla norma tutti i momenti vincolati dell'esercizio del potere, nel quale esso consiste, appare evidentemente superflua <sup>(136)</sup>.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si può tentare di determinare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo nel modo seguente.

Come al solito, il punto di partenza è costituito dall'identi-

<sup>(135)</sup> Per quel che riguarda la mancanza del carattere autonomo dei singoli elementi dell'atto, v. i rilievi di SANDULLI, *Il procedimento*, cit., pag. 232, in nota.

<sup>(136)</sup> Si intende, che l'affermazione di cui nel testo, vale solo in relazione alla violazione di una di quelle norme, le quali, appunto, disciplinano il comportamento strumentale, a pena della invalidità di questo a produrre il suo effetto giuridico tipico; rimangono evidentemente al di fuori di questa ipotesi, quelle norme, la cui violazione importa solo la semplice « irregolarità » dell'atto.

ficazione della conclusione del sillogismo del giudice amministrativo, con l'accertamento della legittimità o dell'illegittimità dell'atto impugnato. Qui si delinea l'ipotesi, nella quale l'atto sia riconosciuto illegittimo: è evidente che nell'ipotesi opposta, l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali rimarrà inalterato, ma, solo, saranno parimenti opposte le conclusioni dei vari sillogismi che si riflettono e vengono ricompresi in quello finale.

Dunque, se la conclusione del sillogismo del giudice amministrativo è costituita dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, la premessa minore di tale sillogismo, la quale, come si è detto prima genericamente, verte sul comportamento della pubblica Amministrazione, consiste nell'accertamento di una disformità dallo schema legislativo del comportamento stesso; più precisamente, nell'accertamento della violazione di una norma, che vincola l'esercizio del potere, nel quale l'atto impugnato si risolve. È bene far risaltare come l'accertamento di tale violazione abbia sempre, di per sè, carattere pregiudiziale, e non faccia mai parte dell'oggetto del giudizio, perchè da questa considerazione sarà poi possibile trarre, in seguito, alcune conseguenze <sup>(137)</sup>.

Poichè la norma violata e, analogamente, la sua violazione, possono essere le più varie, ne discende che il contenuto della premessa minore del sillogismo del giudice amministrativo muta di volta in volta, in puntuale corrispondenza al mutare del vizio, da cui l'atto impugnato è affetto.

Per contro, la premessa maggiore di tale sillogismo sembra avere un contenuto costante: essa, infatti, pare consistere in quella norma di legge, costituita dal principio cui sopra si è accennato, per cui la violazione di una singola norma che vincola l'esercizio di un potere (nella specie: attribuito alla pubblica Amministrazione), provoca la disformità dal paradigma legislativo dell'intero esercizio, ossia l'illegittimità dell'atto.

<sup>(137)</sup> Per un collegamento tra questa violazione e l'oggetto del giudizio, v. però: BENVENUTI, L'istruzione, cit., pag. 54, 55.

Peraltro, la premessa minore sopra indicata, non costituisce, a sua volta, che la conclusione di un'infinita altra catena di sillogismi, conformemente, del resto, a quella che è la normalità del fenomeno, delineata nella prima parte del presente lavoro <sup>(138)</sup>.

Più precisamente, tale premessa costituisce, anzitutto, la conclusione di un sillogismo, la cui premessa maggiore è data dalla singola norma che vincola l'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e che il giudice accerta essere stata violata; è appena il caso di ripetere, a questo proposito, quanto si è avuto già più volte occasione di notare, e cioè che anche gli accertamenti tendenti all'individuazione e all'interpretazione delle norme di legge, che il giudice applica nel corso del suo *iter*, hanno carattere pregiudiziale, sia pure, di solito, in senso meramente logico <sup>(139)</sup>.

D'altra parte, la premessa minore, che corrisponde a tale premessa maggiore, consiste nella ricostruzione del comportamento effettivamente tenuto dalla pubblica Amministrazione, per quel che concerne il particolare profilo di questo, disciplinato dalla norma suddetta.

Per pervenire a questa ricostruzione, il giudice, secondo le varie ipotesi, dovrà accertare, per esempio, quale è stato l'organo che ha esercitato il potere cui l'atto impugnato si ricollega, se la norma prima indicata riguarda l'aspetto soggettivo di tale esercizio; oppure, se questa norma, viceversa, predispone totalmente o parzialmente il contenuto dell'atto, il giudice dovrà accertare quale è il contenuto dell'atto impugnato; possono sorgere, a tale proposito, questioni relative all'interpretazione di questo. E così via, in corrispondenza di tutti i vari aspetti dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione,

<sup>(138)</sup> Vedi, *supra*, pag. 33 ss.

<sup>(139)</sup> Vedi, *supra*, pag. 190 ss.; per rilievi sull'individuazione della norma che violata dalla pubblica Amministrazione, v.: BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 58

che possono essere vincolati dalla legge, secondo quelle sommarie esemplificazioni che sono state sopra compiute <sup>(140)</sup>.

S'intende, che questi accertamenti che il giudice svolge, non hanno per esclusivo oggetto, come si è detto, il comportamento della pubblica Amministrazione, che è costituito dall'atto impugnato, ma possono talvolta riguardare anche elementi che sono a questo estrinseci, oppure vertere su altri comportamenti della pubblica Amministrazione, diversi da esso.

Il gruppo più importante di casi, che può essere ricondotto nella prima di queste due ipotesi, ricorre quando la legge vincola qualche momento dell'esercizio del potere, in relazione alla sussistenza di determinati presupposti. Tali presupposti possono consistere, anzitutto, in circostanze di fatto: gli esempi al riguardo sono, evidentemente, assolutamente innumerevoli; si citerà a caso: la saturazione del mercato, rispetto al diniego di licenza di apertura di un nuovo negozio; l'interesse artistico di un edificio, rispetto al provvedimento di vincolo di quest'ultimo, per motivi, appunto, artistici; le ragioni di ordine pubblico, rispetto all'atto di sospensione di un sindaco; e così via. Non si deve tralasciare, però, il caso, tutt'altro che infrequente, in cui i presupposti in parola consistono in circostanze di diritto: ricordando fattispecie, che saranno riprese successivamente, nel-

<sup>(140)</sup> In sostanza, lo stesso atto amministrativo, considerato come esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, costituisce l'oggetto di accertamenti pregiudiziali da parte del giudice amministrativo, in quanto tendenti alla soluzione della questione c.d. principale, e cioè quella concernente la legittimità dell'atto stesso, considerato nel suo complesso. Sotto questo profilo, talvolta, i singoli aspetti del comportamento della pubblica Amministrazione che acquistano rilevanza per lo scopo suddetto, sono da ricollegarsi con la stessa istruzione probatoria, in quanto attività tendente a ricostruire la c.d. verità storica, come base della decisione giurisdizionale; per questo collegamento, v.: BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 102 ss., il quale, dopo aver analizzato le singole ipotesi in cui il fenomeno indicato si manifesta, svolge, al riguardo, una serie di considerazioni molto interessanti, ma basate su una impostazione di fondo diversa da quella accolta in questo lavoro; quella impostazione, cioè, per cui l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo avrebbe carattere meramente formale, consistendo nella « affermazione » del ricorrente, della illegittimità dell'atto impugnato; su questo punto, v. *supra*, pag. 255, 256.

la parte applicativa del presente lavoro, si può citare: la validità del consenso prestato dal proprietario di un fondo, per la costituzione di un consorzio di caccia, rispetto all'atto di costituzione di tale consorzio; lo *status* di cittadino nemico, del titolare di determinati beni, nei confronti del provvedimento di vincolo di questi; etc.

Per quel che concerne la seconda ipotesi prima prospettata, nella quale assumono rilevanza comportamenti della pubblica Amministrazione, diversi da quello che costituisce l'atto impugnato, i casi più importanti si hanno in relazione alla nozione di procedimento: come si è già accennato, infatti, quando la legge dispone che un determinato atto deve essere emanato solo sulla base di un procedimento, essa, in sostanza, non fa altro che vincolare nell'*an* l'esercizio del potere, nel quale tale atto consiste, ai previ esercizi dei poteri, che costituiscono i precedenti atti della serie procedimentale.

Cercando di individuare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in senso meramente logico nel processo amministrativo, si è già delineato, così, un quadro molto ricco di elementi, ed assai complesso, ma nel quale è ancora possibile rintracciare alcuni tratti fondamentali: tali accertamenti, infatti, devono anzitutto vertere, su tutti quei dati i quali, attraverso la disciplina dell'esercizio del potere in cui l'atto impugnato consiste, vengono a incidere sulla legittimità di questo; per tale ragione, i lineamenti degli accertamenti pregiudiziali, non possono non seguire fedelmente i lineamenti dello schema attraverso il quale procede lo stesso fenomeno sostanziale della illegittimità dell'atto amministrativo<sup>(141)</sup>; sotto questo profilo, dunque, il nesso

(141) Date le molte incertezze, le quali, come si è visto, avvolgono ancor oggi i lineamenti della nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, non può destare sorpresa che si sia messo in dubbio, in dottrina, perfino il carattere sostanziale di questa; come è noto, infatti, il RESTA ha sostenuto la tesi, secondo la quale la nozione di legittimità dell'atto amministrativo avrebbe una rilevanza solo processuale (*La « legittimità » degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 28 ss.; cfr. anche, in precedenza: *La natura giuridica dell'eccesso di potere*

di pregiudizialità che lega gli accertamenti fin qui prospettati, non è altro che un riflesso di carattere processuale, di un fenomeno che si svolge, anzitutto sul piano sostanziale.

Ma non basta, giacché gli oggetti degli accertamenti pregiudiziali fino adesso delineati non esauriscono completamente, ancora, tutti gli oggetti possibili di tali accertamenti: infatti, sia il comportamento effettivamente tenuto dalla pubblica Amministrazione, come i requisiti, alla cui sussistenza esso è vincolato per legge, devono essere a loro volta ricostruiti, mediante l'accertamento di quelle circostanze di fatto, ed eventualmente di diritto, sulla cui base è possibile dedurre, appunto, come si è comportata la pubblica Amministrazione, e se i requisiti suddetti sussistono nella realtà: si entra, in tal modo, in un campo di argomentazioni teoricamente infinito, e in cui ogni tentativo di rintracciare in esso dei criteri costanti, o, per lo meno, probabili, appare di enorme difficoltà, ed anche di dubbia utilità<sup>(142)</sup>.

Riguardo a tale campo, si può solo svolgere questa considerazione. Normalmente, la ricostruzione delle circostanze di fatto e di diritto adesso indicate, si presta solo indirettamente alla ricostruzione del comportamento della pubblica Amministrazione, e dei requisiti di legittimità di questo; ossia, in altre parole, questa ricostruzione è legata a quella, sulla base di pre-

come vizio degli atti amministrativi, in *Annali Univ. Macerata*, 1932). In questa sede, non è possibile procedere ad una valutazione delle argomentazioni poste a sostegno di tale tesi; su di essa, si vedano, comunque, la replica di CANNADA-BARTOLI, (*Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV, 201 ss.), e i rilievi di CASSETTA, il quale assume una posizione, in un certo senso, intermedia, tra quella dei due autori citati (*Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 310, 311).

(142) La materia, evidentemente, è comunque strettamente connessa col meccanismo stesso della istruzione probatoria; su di essa viene ad incidere, perciò, anche il tipo di prova che il giudice amministrativo impiega per la ricostruzione del comportamento della pubblica Amministrazione, e dei fatti indicati nel testo; sotto questo profilo, assume grande rilevanza la distinzione tra le prove c.d. rappresentative, le quali vertono direttamente sul fatto da provare, e le prove c.d. non rappresentative, le quali vertono su fatti diversi, ma sulla cui base il primo sia argomentabile, immediatamente o mediatamente. In argomento, v., da ultimo, le considerazioni di BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 96 ss., e la bibliografia ivi citata.

sunzioni, di valutazioni delle risultanze dei mezzi di prova, e della attendibilità di questi, e così via. Ora, nei limiti in cui ciò si verifica, si può notare come, per un verso, gli accertamenti compiuti dal giudice, in quanto appaiano l'uno come il presupposto logico del successivo, abbiano sempre carattere pregiudiziale, sia pure, appunto, in senso meramente logico; il nesso di pregiudizialità, che è da rinvenire tra essi, però, rimane limitato al solo piano processuale, e non trova più rispondenza in quello sostanziale, come accade, invece, per quel gruppo di altri accertamenti pregiudiziali, sopra prospettati.

Fin qui, le considerazioni che è possibile svolgere per la determinazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, sotto alcuni profili, di carattere generale. Si è cercato di dare una sommaria sistemazione all'estrema ricchezza di elementi sui quali tali accertamenti possono vertere, puntualizzando le principali fasi dell'*iter* logico del giudice, nelle quali essi vanno inquadrati; come è ovvio, queste fasi sono state tratteggiate, in modo più dettagliato le ultime, e molto più sfumate le precedenti. Non è però possibile procedere oltre in questo lavoro di analisi, senza rischiare di delineare una schematizzazione troppo semplicistica, e, quindi, irrealistica, e alla quale andrebbe sacrificata, in ogni modo, l'enorme ed inesauribile varietà di ipotesi, che i singoli casi concreti offrono.

26. Fino ad ora, si è cercato di descrivere l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, sia pure solo in senso meramente logico, nel processo amministrativo, individuando quelle entità di carattere sostanziale in cui essi si risolvono, e che il giudice amministrativo deve valutare, appunto, per pervenire alla soluzione della questione c.d. principale sottoposta al suo esame, vertente sulla legittimità dell'atto impugnato.

Questa individuazione è stata condotta sulla base del fenomeno della violazione da parte della pubblica Amministrazione, di norme che vincolano l'esercizio del potere ad essa at-

tribuito: proprio seguendo questa traccia, si è potuto analizzare e scomporre l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali nel processo amministrativo, in tutta quella serie di entità, svolgentesi su un piano sostanziale, ma che, a parte questo carattere comune, hanno la più varia natura, come si è precedentemente visto.

Il raggruppamento sul piano sostanziale di queste entità, ha, più che un valore positivo, quello negativo, di sottolineare come esse, di per sé, abbiano una esistenza del tutto autonoma e indipendente dal fenomeno processuale: malgrado questa loro caratteristica, però, tali entità sono state collegate e disposte secondo un profilo strettamente processuale, quale è quello dell'*iter* logico che il giudice amministrativo compie, e del nesso di pregiudizialità che in esso si manifesta, il quale, come si è detto, è solo entro certi limiti un riflesso di altro legame esistente tra queste entità stesse.

Ad ogni modo, sembra che gli oggetti degli accertamenti meramente pregiudiziali nel processo amministrativo, possano essere valutati anche da un punto di vista strettamente processuale, il quale, peraltro, è diverso da quello del nesso di pregiudizialità: tali oggetti, infatti, sembra possano essere collegati anche con la nozione processuale amministrativa di motivo del ricorso giurisdizionale.

L'opportunità di indagare questo collegamento discende chiaramente, dalla circostanza per cui un approfondimento del genere non può non illustrare maggiormente, e sotto un profilo ancora non sufficientemente considerato, il tema cui questo lavoro è dedicato; e, ad ogni modo, se anche, di riflesso, si potrà precisare la nozione di motivo di ricorso, questo costituirà un risultato, che, probabilmente, può essere raggiunto solo dal punto di vista qui scelto.

Di solito, infatti, nelle trattazioni di giustizia amministrativa, tale nozione è solamente ricordata, soprattutto a proposito del contenuto dell'atto introduttivo del giudizio; è notevole,

però, come essa, non solo non sia affatto analizzata, almeno di regola, ma anche come non se ne dia generalmente, una definizione purchessia <sup>(143)</sup>.

Questo, anzi, non costituisce un fenomeno limitato alla sola dottrina italiana, ma, al contrario, si manifesta anche nella dottrina straniera; si consideri, per esempio, la dottrina francese: e questo esempio non è scelto a caso, ma si riferisce alla analogia che presenta, sul punto, la disciplina del processo amministrativo in Italia e in Francia; ebbene, si cercherebbe invano, anche nelle ultime edizioni del trattato del DUEZ e del manuale del WALINE, una definizione del motivo di ricorso; il solo LAUBADÈRE <sup>(144)</sup> si limita ad affermare: « On appelle *cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir (ou moyen d'anulation) les diverses irregularités qui peuvent affecter l'acte administratif et entraîner son anulation* ».

Questa mancanza di approfondimento della nozione in parola fa spicco, per contro, nei confronti della rilevanza non indifferente che essa acquista nello svolgimento del processo amministrativo, e ciò sotto vari profili; anzitutto, come si è accennato, l'indicazione del motivo di ricorso deve essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio <sup>(145)</sup>; d'altra parte, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha elaborato alcuni principi, peraltro ben noti, secondo i quali la deduzione di motivi di ricorso è ostacolata da preclusioni, che si determinano in relazione a varie ipotesi, e a diversi momenti dell'*iter* pro-

<sup>(143)</sup> Cfr., per es.: BORSI, *La giustizia amministrativa*, 6ª ed., Padova 1938, pag. 267; LESSONA, *La giustizia amministrativa*, 9ª ed., Bologna 1953, pag. 164, 165; RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica Amministrazione*, 5ª ed., Milano 1937, pag. 467; per le trattazioni di carattere più generale, v.: SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 3ª ed., Napoli 1955, pag. 541.

<sup>(144)</sup> *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1954, pag. 381.

<sup>(145)</sup> Art. 6, n. 3, R.D. 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale); v. anche l'identico art. 9, n. 3 del R.D. n. 643, di pari data, riferentesi alla procedura davanti alla Giunta provinciale amministrativa.

cessuale amministrativo; è appena il caso di ricordare, a questo proposito, la notissima tendenza giurisprudenziale, secondo la quale il ricorrente non può dedurre in sede giurisdizionale, motivi di ricorso nuovi, o comunque diversi, rispetto a quelli precedentemente dedotti nel ricorso amministrativo <sup>(146)</sup>; o l'altra tendenza, per cui ricorrente non può dedurre nel ricorso al Consiglio di Stato, come giudice amministrativo di secondo grado, motivi diversi da quelli dedotti in primo grado <sup>(147)</sup>; e, ancora, l'orientamento per cui il ricorrente non

<sup>(146)</sup> Il principio, in giurisprudenza, è assolutamente pacifico, ed a tutti noto; si citeranno, comunque, tra le più recenti in tal senso, le decisioni della IV sezione: 15 maggio 1956, n. 501, in *Foro amm.*, 1956, I, 1, 451; 15 settembre 1956, n. 834, *ivi*, 1957, I, 1, 106; VI sez., 2 aprile 1958, n. 211, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1958, 465. Questo orientamento non è condiviso da parte della dottrina; in senso contrario si veda soprattutto GUICCIARDI (cfr., da ultimo: *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 128), il quale già da tempo, in un suo ampio scritto, aveva vivacemente criticato questa tendenza giurisprudenziale (*I motivi di ricorso nei rapporti tra ricorso gerarchico e ricorso contenzioso*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, pag. 122 ss., con ricche citazioni di dottrina e giurisprudenza).

Indipendentemente da ogni considerazione sulla fondatezza dell'orientamento assunto dal Consiglio di Stato, sulla quale si tornerà in seguito, è da osservare come l'applicazione del principio che viene compiuta in giurisprudenza sia piuttosto incerta; infatti, se il principio in esame è pacificamente affermato nei confronti del ricorso gerarchico, esso, invece, è stato talvolta negato, nei confronti del ricorso in opposizione (v., in questo senso: IV sez., 25 giugno 1948, n. 231, in *Foro amm.*, 1948, I, 1, 320; VI sez., 27 giugno 1950, n. 234, *ivi*, 1950, I, 3, 340; VI sez., 27 ottobre 1952, n. 859, *ivi*, 1952, I, 3, 200; in senso contrario, però, IV sez., 9 giugno 1942, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, II, 344 e, da ultimo, Ad. gen., 26 gennaio 1956 n. 33, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1958, 335); non solo, ma di tale principio è stata rifiutata l'applicazione anche nei confronti del ricorso presentato in materia epurativa, ad una commissione regionale d'appello (V sez., 30 novembre 1951, n. 1505, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 1412).

È anche da ricordare la curiosa affermazione, contenuta in due diverse massime, secondo le quali il divieto di proporre in sede giurisdizionale motivi non proposti nel ricorso gerarchico, non vale per chi era controinteressato nei confronti di questo (VI sez., 21 maggio 1949, n. 46, in *Foro amm.*, 1949, I, 3, 33; V sez., 30 aprile 1954, n. 394, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1954, 412).

<sup>(147)</sup> Principio pacifico, e notissimo; v., tra le decisioni più recenti in questo senso: V sez., 16 giugno 1956, n. 509, in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 680; Ad. pl., 29 ottobre 1956, n. 15, *ivi*, 1957, I, 4, 22.

può dedurre in memoria<sup>(148)</sup> o, addirittura, in discussione

<sup>(148)</sup> Principio parimenti pacifico, insieme anche a quello della nota seguente; tra le varie decisioni, v.: V sez., 28 gennaio 1956, n. 65, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1956, 47; 14 luglio 1956, n. 613, *ivi*, 945.

Da notare, però, come questa preclusione, come, a maggior ragione, quella di cui alla nota successiva, dipende da ragioni ben diverse da quelle alle quali si è accennato in precedenza; quelle preclusioni, infatti, conseguono ai caratteri che dal Consiglio di Stato sono attribuiti ai rapporti che intercorrono tra ricorso giurisdizionale e ricorso amministrativo, oppure tra ricorso giurisdizionale di secondo grado, e ricorso giurisdizionale di primo. Viceversa, le preclusioni ora in esame discendono dalla circostanza per cui, normalmente, le memorie sono presentate, e la discussione orale è svolta in un momento successivo alla scadenza del termine per ricorrere contro l'atto impugnato; questo orientamento presuppone l'assunzione di una determinata posizione sulla natura e sulla funzione del motivo di ricorso, già affiorante, del resto, nelle altre preclusioni di cui si è detto; posizione che si illustrerà meglio in seguito.

Tale fondamento della preclusione alla deduzione di motivi in memoria, o addirittura, nella discussione orale, appare chiaro, se si coordina la tendenza giurisprudenziale relativa, con l'altra, per cui la deduzione di questi motivi è ammessa, quando essa avvenga unicamente sulla base di atti e circostanze, le quali sono conosciute dal ricorrente solo posteriormente alla proposizione del ricorso (v., in questo senso: IV sez., 22 dicembre 1953, n. 1056, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 2042); e ciò accade di solito quando tali circostanze siano rilevabili solo da documenti depositati in giudizio dall'Amministrazione (tra le numerosissime decisioni che ammettono la proposizione di motivi aggiunti in questa ipotesi, v.: V sez., 14 gennaio 1953, n. 6, in *Foro amm.*, 1953, I, 2, 203; VI sez., 25 febbraio 1952, n. 65, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1952, 237), purchè tali motivi vengano dedotti entro i sessanta giorni, decorrenti dal deposito da parte dell'Amministrazione dei documenti dai quali sono rilevabili le circostanze su cui essi si basano (V sez., 24 marzo 1947, n. 75, in *Foro amm.*, 1947, I, 2, 118; VI sez., 31 marzo 1953, n. 144, *ivi*, 1953, I, 3, 397; V sez., 27 agosto 1954, n. 836, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1954, 745; V sez., 25 maggio 1956, n. 419, in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 623; da notare come la giurisprudenza abbia oscillato sul punto, giacchè, talvolta, è stato affermato che la decorrenza del termine anzidetto inizia solo dalla conoscenza da parte del ricorrente, dei documenti depositati in giudizio dalla controparte; in questo senso, v.: V sez., 23 gennaio 1953, n. 52, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1953, 60; questo orientamento è motivato con la considerazione che non si può pretendere che il ricorrente si informi ogni momento presso la segreteria o esami continuamente il fascicolo; una strada intermedia tra queste due opposte soluzioni è stata affermata da una decisione, secondo la quale il principio maggiormente liberale per il ricorrente potrebbe essere applicato solo dopo la scadenza del termine di cui all'art. 37 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, termine il quale, appunto, è previsto per il deposito dei documenti da parte dell'Amministrazione e dei controinteressati; per tale ragione, è stato ritenuto che il ricorrente, alla scadenza di tale termine, deve esaminare il fascicolo, usando un minimo di diligenza (V. sez., 25 maggio 1956, n. 419, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1956, 691).

orale<sup>(149)</sup>, motivi diversi da quelli dedotti nell'atto introduttivo del giudizio. Ma accanto a queste ipotesi, di frequentissima verifica, è opportuno citare anche altri casi, più rari, ma che sono stati decisi secondo una uguale tendenza restrittiva: così, per esempio, si ricorderà che quando un primo ricorso contro un atto amministrativo sia stato dichiarato inammissibile, perchè proposto davanti a giudice incompetente, ma il ricorrente sia stato ammesso al beneficio dell'errore scusabile, nel successivo ricorso, è stato deciso, non possono essere dedotti motivi diversi da quelli proposti nel ricorso già respinto<sup>(150)</sup>; e, parimenti, nell'ipotesi di intervento *ad adiuvandum*, il Consiglio di Stato ha affermato che l'interveniente non può proporre motivi diversi da quelli dedotti dal ricorrente principale<sup>(151)</sup>.

In relazione alla valutazione di queste ipotesi, tutte di rilevanza pratica assai notevole, del resto, sorge spontanea l'esigenza di chiarire *che cosa* debba essere precisato nell'atto introduttivo del giudizio amministrativo, e di *che cosa* sia preclusa la deduzione, nei casi precedentemente indicati. E questa esigenza di chiarimento può essere soddisfatta, per un verso, da una analisi del contenuto del motivo di ricorso, e dall'altro, da una sistemazione dogmaticamente soddisfacente della

Il fondamento indicato della preclusione in parola, risulta anche chiaramente dal principio affermato da una decisione della Adunanza plenaria, secondo il quale nulla osta alla proposizione di motivi aggiunti, basati su circostanze già note al ricorrente, i quali siano dedotti in un nuovo ricorso, che completa quello già anteriormente presentato; e ciò, purchè tale nuovo ricorso sia proposto tempestivamente rispetto al normale termine di 60 giorni, decorrenti dalla conoscenza dell'atto, previsto per l'impugnativa di questo (Ad. pl., 26 ottobre 1953, n. 4, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, 486, con ampia motivazione sul punto).

Da notare, infine, come la preclusione alla proposizione di motivi aggiunti, rispetto a quelli dedotti nel ricorso, e basati su circostanze già note al ricorrente, è stata affermata anche per quel che riguarda il giudizio davanti alla Giunta provinciale amministrativa; v., in questo senso: V sez., 31 marzo 1950, n. 373, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1950, 482.

<sup>(149)</sup> Cfr., per tutte: IV sez., 14 aprile 1953, n. 426, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, 361; VI sez., 14 aprile 1954, n. 236, *ivi*, 1954, I, 3, 293.

<sup>(150)</sup> V sez., 21 maggio 1955, n. 802, in *Foro amm.*, 1955, I, 2, 317.

<sup>(151)</sup> V sez., 4 giugno 1955, n. 844, in *Foro amm.*, 1955, I, 2, 342; IV sez., 11 dicembre 1956, n. 1276, nella motivazione (v., *ivi*, 1957, I, 1, 275).

nozione in tal modo ricavata; sistemazione, la quale permetta, oltretutto, di valutare criticamente quei principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, alcuni dei quali, specie in materia di preclusione, sono, in dottrina, tutt'altro che indiscussi.

Occorre dare, però, una giustificazione dell'affermazione dell'esistenza di una relazione tra contenuto del motivo di ricorso, e oggetto degli accertamenti pregiudiziali, la quale permetta di non far ritenere un fuor d'opera, in un lavoro dedicato ai caratteri della pregiudiziale, l'analisi della nozione di motivo di ricorso; la dimostrazione di questa relazione, peraltro, non può non procedere di pari passo con l'analisi della nozione di motivo del ricorso: essa, perciò, non può essere data aprioristicamente; piuttosto, si possono subito anticipare quelli che saranno i risultati cui si perverrà; e cioè: che il termine « motivo » di ricorso non è usato in modo univoco in dottrina, e, soprattutto, in giurisprudenza; che, comunque, però, il contenuto del motivo di ricorso si deve identificare con un oggetto di un accertamento da parte del giudice amministrativo, il quale ha carattere meramente pregiudiziale, almeno in senso logico; e che, infine, ove si intenda l'espressione in esame nel suo significato più esteso, il contenuto del motivo determina anche i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, o, quantomeno, contribuisce a questa determinazione in modo assolutamente preponderante.

In genere, il punto di partenza per l'individuazione dei caratteri di una nozione, è costituito dall'analisi delle disposizioni di legge, che a questa si riferiscono, analisi da condurre, anzitutto, sotto un profilo meramente letterale.

Nell'ipotesi che ci occupa, le uniche disposizioni di legge che facciano esplicito riferimento al motivo di ricorso, sono quelle, già citate, le quali prescrivono che l'atto introduttivo del giudizio amministrativo deve contenere, tra l'altro: « l'esposizione sommaria dei fatti, i motivi su cui fonda il ricorso, con

l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati e le conclusioni ».

Dalla dizione letterale della norma sembra che sia possibile trarre le seguenti deduzioni. Anzitutto, si può trovare uno spunto, per quanto debole, nella distinzione che la legge fa, tra i fatti dedotti dal ricorrente, e i motivi veri e propri del ricorso; sulla base di tale distinzione si potrebbe già osservare, forse, che i motivi del ricorso giurisdizionale non dovrebbero consistere in « fatti »; in che limiti questa proposizione, frutto di un prima impressione, sia esatta, lo si vedrà meglio successivamente.

Inoltre, il modo con cui la legge dispone che devono essere esplicitamente indicate dal ricorrente le norme che si assumono violate, sembra suggerire la considerazione che tale violazione debba costituire parte integrante, se non addirittura esclusiva, del motivo di ricorso; e, del resto, l'esplicito riferimento a tali norme è dovuto, come si vedrà, alla necessità di rendere più evidente un aspetto particolare della disciplina del processo amministrativo: per tale ragione, sarebbe arbitrario, forse, interpretare il duplice, distinto richiamo che la legge fa, al motivo di ricorso, e a tali norme, come un riferimento alla mancanza di uno stretto collegamento tra queste e quello.

Infine, la legge distingue tra il motivo di ricorso, e le conclusioni del ricorrente; non solo, ma dallo sviluppo del dettato legislativo, pare che in esso siano anche delineati implicitamente i rapporti tra motivo e conclusioni, nel senso che il primo costituisce il fondamento delle seconde.

Se è lecito interpretare la lettera della disposizione in esame nel modo che si è detto, sembra che essa riveli, pur nella sua estrema sinteticità, una singolare precisione di concetti, ed una esatta puntualizzazione dello svolgimento logico delle affermazioni del ricorrente, contenute nell'atto introduttivo del giudizio.

Ad ogni modo, le considerazioni sopra accennate sem-

brano portare tutte verso una unica conclusione; e cioè che il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo sia costituito da quella violazione di una norma che vincola un aspetto dell'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, la quale comporta l'illegittimità dell'intero esercizio, ossia dell'atto considerato nel suo complesso; per tale ragione, è l'indicazione di tale violazione, che deve essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio.

Infatti, per un verso, tale violazione non si risolve solo in uno o più « fatti », dovendo essa ricollegarsi, piuttosto, alla nozione di « atto »; d'altra parte, molto spesso, come si è visto precedentemente, essa è apprezzabile solo alla luce di determinate circostanze di fatto e di diritto, che, di per sè, non costituiscono quel comportamento della pubblica Amministrazione della cui legittimità si discute: ecco spiegata la ragione, perciò, per cui la legge richiede che nell'atto introduttivo del giudizio sia indicato non solo il motivo di ricorso, inteso nel senso ristretto che si è visto, ma anche quei fatti, che valgono ad illustrarlo, per quanto non possano essere in esso ricompresi.

E ancora: solo se si esamina la disposizione di legge secondo questo ordine di idee, si può spiegare la stretta connessione, che traspare dal suo tenore letterale, tra il motivo di ricorso e la norma di legge violata: questa norma, infatti, è, in definitiva, elemento costitutivo del vizio del comportamento della pubblica Amministrazione.

Infine, l'identificazione tra motivo di ricorso, e questo vizio, risulta ancora rafforzata dal rapporto delineato dalla legge, tra il motivo di ricorso, e la conclusione della parte; da un lato, si potrebbe intendere per tale conclusione, il c.d. *petitum*, che la parte rivolge al giudice; ossia, nel caso che ci interessa, l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato; pare più corretto, però, ricollegare la conclusione prevista dalla norma in esame, a tutta la serie di argomentazioni svolte dalla parte, per rappresentare quella situazione giuridica di carattere sostanziale,

ziale, che dovrà essere accertata dal giudice, in un momento necessario dell'esplicazione della sua funzione, relativa all'accoglimento o meno della richiesta stessa; sotto questo profilo, la conclusione cui perviene la parte, non può non consistere nell'affermazione dell'illegittimità dell'atto, ossia, appunto di quella situazione giuridica che costituisce il presupposto del provvedimento di annullamento che il giudice dovrà emanare. Risulta evidente, allora, che se il motivo di ricorso è il fondamento della conclusione così intesa, esso deve necessariamente coincidere con quella violazione di una norma che disciplina un aspetto dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, violazione la quale provoca l'illegittimità dell'intero esercizio, unitariamente valutato.

L'identificazione del motivo di ricorso, con il vizio dell'atto amministrativo, merita, però, di essere maggiormente illustrata.

Il collegamento tra motivo e vizio, non è certo nuovo, ma, al contrario, si trova affermato, nella dottrina italiana, da tutti quegli autori, i quali hanno svolto alcune considerazioni sul tema in esame; è da osservare al riguardo, però, come tale collegamento non sempre sia stato delineato con gli stessi caratteri; e su queste oscillazioni ha senz'altro esercitato molta influenza la relativa incertezza che si riferisce ai contorni della nozione di vizio dell'atto amministrativo.

Così, per esempio, VITTA stabilisce una relazione di identità tra il motivo del ricorso e il vizio dell'atto <sup>(152)</sup>, ma, d'altra parte, definisce come vizi dell'atto le tre tradizionali figure dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e della violazione di legge <sup>(153)</sup>. Ora, sembra che questa nozione di vizio dell'atto non possa essere accolta: infatti, queste tre tradizionali figure sembrano costituire, più che altro, i tipi di una classificazione elaborata per comodità di studio, mentre si deve intendere per vizio dell'atto la sua concreta disformità dal paradigma legisla-

<sup>(152)</sup> *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 515.

<sup>(153)</sup> *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 424, 425.

tivo, la quale, a sua volta, potrà essere inquadrata nella classificazione anzidetta; e tale disformità può essere colta, nella sua individualità, solo attraverso il riferimento all'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione che è disforme dalla norma, e a questa norma stessa.

Ad ogni modo, ove non si voglia accogliere quella ristretta nozione di vizio dell'atto che si è indicata, è evidente che la sua più ampia nozione non può essere utilmente impiegata per l'individuazione del motivo di ricorso: è ovvio, infatti, che quest'ultimo debba essere individuato, in relazione al contenuto dell'atto introduttivo del ricorso, o a proposito delle preclusioni che ostacolano la sua deduzione, ben oltre che in riferimento ai concetti di incompetenza, eccesso di potere, e violazione di legge; e, del resto, il grado di precisazione richiesto al riguardo, è ben presente alla mente di tutti, quando, per esempio, si considera l'ipotesi in cui, contro uno stesso atto, vengono dedotti più motivi di ricorso, i quali, peraltro, possono essere raggruppati sotto una stessa figura della tradizionale tripartizione.

Questa non coincidenza tra motivo di ricorso, e vizio dell'atto, inteso in senso ampio, è esplicitamente affermata dal GUICCIARDI, il quale se, da un lato, accoglie la corrispondenza tra vizi dell'atto, e le comuni figure dell'incompetenza, etc. dall'altro avverte esattamente come il motivo di ricorso sia costituito dalla singola disformità dal paradigma legislativo del comportamento della pubblica Amministrazione: sulla base di queste premesse, è ovvia la conclusione per cui la relazione pur esistente tra motivo di ricorso e vizio dell'atto, non potrebbe essere una relazione di identità <sup>(154)</sup>.

Comunque, prescindendo da ogni questione relativa alla nozione di vizio dell'atto che appare preferibile, e, di conseguenza, al rapporto che intercorre tra tale vizio e il motivo di ricorso, pare indubbio che nella dottrina è possibile trovare con-

<sup>(154)</sup> La giustizia amministrativa, cit., pag. 208 ss.

ferma dell'affermazione, per cui il motivo di ricorso è da identificarsi nella singola disformità dal paradigma legislativo, del comportamento della pubblica Amministrazione <sup>(155)</sup>.

Ma, però, come nel caso che qui ci occupa, pare opportuno vagliare la validità di un risultato acquisito in via teorica, alla luce della casistica di quella giurisprudenza la quale, in definitiva, ha portato il contributo di gran lunga maggiore, per l'elaborazione della nozione di motivo di ricorso, in relazione a quelle ipotesi in cui questa è stata applicata, e che si sono precedentemente indicate. La valutazione della giurisprudenza, a questo proposito, pare tanto più necessaria, in quanto di essa non si tiene molto conto nel tema in esame, e, di conseguenza, si rinuncia alla sua utilizzazione ai fini dell'analisi della nozione di motivo; questo fenomeno dipende, probabilmente, anche dalla circostanza per cui tale valutazione è tutt'altro che agevole: infatti, che cosa la giurisprudenza ha ritenuto, volta a volta, costituire il contenuto del motivo di ricorso, non compare mai nelle massime delle decisioni riportate nei repertori e nelle riviste, ma è rilevabile solo sulla base della motivazione, che come è noto, molto spesso non è ripresa; e ciò, a tacere dell'ipotesi, peraltro assai frequente, in cui per individuare che cosa il Consiglio di Stato ha inteso per motivo di ricorso, si deve

<sup>(155)</sup> Cfr. anche D'ALESSIO, il quale, però, stabilisce tra motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, e *causa petendi* dell'azione civile, una relazione che sarà successivamente ripresa dal GUICCIARDI, e di cui si dirà in seguito. Sulla base di questa relazione, D'ALESSIO, risentendo molto della definizione di *causa petendi* data dal CHIOVENDA, e precedentemente riportata (v., *supra*, pag. 140), fa coincidere il motivo di ricorso, con i fatti giuridici costitutivi della invalidità dell'atto amministrativo, ossia, in buona sostanza, con l'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione che si pone in disformità dal paradigma legislativo, oppure con quella circostanza, estranea a tale comportamento, ma che si pone nei confronti di questo come una condizione di legittimità (*Diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino 1939, vol. II, pag. 575, 576); a prescindere da ogni considerazione relativa alla esattezza di questa ultima considerazione, si può notare, comunque, come in tal modo si trascuri completamente la funzione svolta dalla norma di legge che è violata; funzione che appare di primo piano, nel motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo, e a cui, comunque, si accenna nel testo.

fare riferimento, addirittura, all'esposizione del c.d. « fatto », normalmente non pubblicato sui periodi specializzati.

Ad ogni modo, non pare dubbio che in tutta una serie di decisioni, e particolarmente in quelle pronunciate in materia di preclusione alla deduzione di motivi nuovi, il Consiglio di Stato ha considerato come motivo di ricorso la singola disformità dal paradigma legislativo, di un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, nell'esercizio del potere a questa attribuito <sup>(156)</sup>.

<sup>(156)</sup> Questo orientamento del Consiglio di Stato è facilmente rilevabile dalle numerosissime decisioni, le quali hanno stabilito la preclusione alla deduzione di un dato motivo di ricorso, considerandolo motivo « nuovo », rispetto agli altri precedentemente proposti. Tralasciando i numerosi casi in cui il motivo che è stato considerato nuovo, è classificabile sotto una figura di vizio dell'atto, che è addirittura diversa da quella dei motivi precedentemente dedotti, è comunissima l'ipotesi in cui è stata considerata motivo nuovo, anche una violazione di una norma di legge, la quale, pur diversa dalle altre precedentemente dedotte, è sempre classificabile nello stesso tipo di queste. Citando a caso, tra le innumerevoli fattispecie, si ricorderà: IV sez., 26 aprile 1955, n. 288, in *Foro amm.*, 1955, I, 1, 247 (la fattispecie: il ricorrente aveva impugnato in sede gerarchica un provvedimento di punizione disciplinare, deducendo motivi concernenti vizi della procedura seguita nella infissione di tale punizione, e che avrebbero portato alla inefficace instaurazione del contraddittorio, e alla lesione del diritto di difesa; la decisione negativa del ricorso gerarchico era stata, successivamente, impugnata con ricorso giurisdizionale, deducendo anche, oltre ai motivi suddetti, l'incompatibilità di uno dei membri della Commissione di disciplina: quest'ultimo è stato considerato motivo nuovo, improponibile per la prima volta in sede giurisdizionale); V sez., 28 settembre 1951, n. 863, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1951, 1070 (la fattispecie: il ricorrente, pubblico impiegato, aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di sospensione cautelare, deducendo un vizio di incompetenza e la infondatezza delle ragioni che erano state poste alla base del provvedimento stesso; la decisione negativa della Giunta era stata impugnata, successivamente, davanti al Consiglio di Stato, deducendo, oltre ai motivi suddetti, anche la inesistenza del procedimento disciplinare; questo è stato considerato come motivo nuovo, come tale improponibile per la prima volta in secondo grado); V sez., 12 febbraio 1955, n. 214, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1955, 145 (la fattispecie: il ricorrente aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa gli atti costituenti le operazioni di elezione di un Consiglio comunale, deducendo la sostituzione di alcune schede; la decisione negativa della Giunta era stata impugnata, successivamente, davanti al Consiglio di Stato, deducendo, oltre al motivo anzidetto, anche che alcune schede portavano dei segni accanto al nome dei candidati, il che, secondo la giurisprudenza, avrebbe importato la nullità del voto; questo è stato ritenuto motivo nuovo, come tale improponibile per la prima volta in secondo grado).

Ove si intenda la nozione di motivo di ricorso con il significato che si è indicato, esso costituisce, senza dubbio, l'oggetto di un accertamento del giudice amministrativo, il quale ha, tipicamente, carattere meramente pregiudiziale, almeno sotto un profilo puramente logico: si è già visto in precedenza, infatti, come sia, appunto, pregiudiziale, l'accertamento da parte del giudice, della singola violazione della norma compiuta dall'Amministrazione; anzi, proprio in quella occasione, si ebbe modo di precisare che con tale accertamento il giudice amministrativo ricostruisce quella che è la premessa minore del suo sillogismo finale.

L'analisi del contenuto del motivo di ricorso, però, può essere proseguita anche ulteriormente. Si può osservare, infatti, che la disformità dal paradigma legislativo del singolo aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, risulta, evidentemente, dal combinarsi di due elementi, i quali, considerati in sè e per sè, hanno, altrimenti, una esistenza del tutto autonoma e distinta: la norma di legge, che è violata, e l'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che la viola.

In un certo senso, norma di legge, e comportamento, sembrano essere i due elementi costitutivi del fenomeno della disformità dal paradigma legislativo dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione; per tale ragione, in definitiva, tali due elementi sono parte integrante dello stesso motivo di ricorso.

In senso puntualmente corrispondente si è orientata la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Che il mutamento dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che si assume violare la legge, e sul quale il ricorrente richiama l'attenzione del giudice, si traduca, in ogni caso, in un mutamento del motivo di ricorso, appare, in verità, cosa così ovvia, e talmente nota, da rendere inutile ogni dimostrazione, e anche qualsiasi citazione delle innumerevoli decisioni che il Consiglio di Stato ha avuto occasione di pronunciare in tal senso.

Meno frequente è il caso in cui la giurisprudenza ha ritenuto esistere un mutamento del motivo di ricorso, in corrispondenza con un cambiamento, di solito proposto dal ricorrente, della norma di legge, alla cui stregua valutare un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, il quale, dal canto suo, è rimasto immutato; è possibile registrare, però, alcuni esempi del genere, i quali, peraltro, possono confermare chiaramente l'assunto <sup>(157)</sup>.

<sup>(157)</sup> Meritano qui di essere riportate in dettaglio alcune decisioni, le quali hanno esaminato se le deduzioni del ricorrente concretassero o meno un motivo nuovo, in ipotesi in cui il ricorrente stesso proponeva diversi profili giuridici, sotto i quali valutare dei fatti, già precedentemente acquisiti al giudizio: queste decisioni, infatti, sembrano presentare degli aspetti di notevole interesse, i quali, del resto, saranno analizzati più ampiamente successivamente, nel testo, a proposito dell'inquadramento dogmatico della nozione di motivo di ricorso. È da avvertire, però, che, in questa nota, si citeranno promiscuamente casi in cui quel che rimane inalterato è un aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, oppure un fatto, di per sé estrinseco a questo, ma sulla cui base si deve valutare il comportamento stesso.

V sez., 17 febbraio 1950, n. 172, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1950, 396; la fattispecie: il ricorrente, pubblico impiegato, aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di licenziamento, deducendo tutta una serie di motivi, che non importa qui analizzare, tendenti, come è detto nel ricorso, a dimostrare la « illegalità e la arbitrarietà » del licenziamento stesso; tra l'altro, era stata dedotta anche la circostanza che il ricorrente era reduce di guerra, per far meglio risaltare la gravità e la iniquità del provvedimento. Malgrado ciò, la decisione della Giunta è negativa, e questa viene impugnata davanti al Consiglio di Stato, deducendo, oltre a tutti i motivi anzidetti, anche la violazione dell'art. 1 del D.L. 23 marzo 1943, n. 418, il quale, secondo la interpretazione sostenuta dal ricorrente, vieterebbe il licenziamento dei reduci per un periodo di due anni; il Consiglio di Stato, pur riconoscendo che la circostanza che il ricorrente era reduce, era già stata dedotta in primo grado, ha affermato che la valutazione di questa circostanza, sotto un profilo giuridico diverso da quello proposto davanti alla Giunta costituisce motivo nuovo, e, come tale, improponibile per la prima volta in grado di appello.

IV sez., 28 ottobre 1950, n. 522, in *Foro amm.*, 1951, I, 1, 112, ma ined. sul punto; la fattispecie: il ricorrente, ufficiale della Guardia di Finanza, aveva impugnato davanti al Consiglio di Stato un provvedimento, col quale egli veniva dichiarato « non prescelto » ai fini dell'avanzamento, deducendo la mancata partecipazione tra i membri della Commissione centrale per l'avanzamento, di un generale, indicato nominativamente, Ispettore generale della Guardia di Finanza, e al quale era stata erroneamente attribuita nel ricorso anche la qualifica di vice-comandante dello stesso Corpo; il Consiglio di Stato, con sentenza interlocutoria,

Sulla base delle considerazioni che precedono, sembra evidente che in tanto un motivo di ricorso può dirsi individuato, in quanto ne siano precisati ambedue i suoi elementi costitutivi; d'altra parte, si sono già citate quelle disposizioni, le quali prescrivono che il motivo di ricorso debba essere indicato nell'atto introduttivo del giudizio: ora, alla luce dei rilievi che precedono, è possibile rilevare come una prescrizione del genere si debba sempre, necessariamente, risolvere in quella della indicazione in tale atto, dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione che si assume essere disforme dalla norma, e di questa norma stessa.

Sotto questo profilo, si spiega perfettamente, perciò, quella giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale, in innumerevoli

aveva interpretato tale motivo, nel senso che il ricorrente si lamentasse della mancata partecipazione del vice-comandante, che, in realtà, era persona diversa dal generale nominativamente indicato; successivamente, il ricorrente chiese che intendeva dolersi della mancata partecipazione di questo generale, nella sua qualità di Ispettore generale; il Consiglio di Stato, affermando che questa interpretazione del motivo di gravame era, comunque, ostacolata dal passaggio in giudicato della sentenza interlocutoria, osservò che, valutando diversamente la circostanza della mancata partecipazione ad una stessa seduta di uno stesso soggetto, si veniva a cambiare il motivo di ricorso.

V sez., 20 marzo 1954, n. 259, in *Foro amm.*, 1954, I, 2, 246, ma inedita sul punto; la fattispecie: il ricorrente aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di diniego di riassunzione in servizio, da cui era stato allontanato per (affermate) ragioni politiche, deducendo la violazione del D.Leg. 7 febbraio 1948, n. 48, che, appunto, dispone la revoca della dispensa dal servizio in seguito ad epurazione; la decisione negativa della Giunta era stata impugnata in Consiglio di Stato, deducendo anche la violazione dell'articolo 1 R.D.L. 6 gennaio 1944, n. 9, e dell'art. 6 D.Luog. 10 ottobre 1944, n. 301, i quali dispongono la riassunzione in servizio di impiegati allontanati per motivi politici, facendo riferimento, però, al periodo fascista; il Consiglio di Stato ha ritenuto che il richiamo di queste ultime norme di legge, concretasse un motivo nuovo, e, come tale, inammissibile in grado di appello; e ciò, a prescindere dalla evidente contraddittorietà dei motivi proposti.

Infine, come ulteriore esempio della ipotesi in cui la valutazione sotto un diverso profilo giuridico, di un fatto già acquisito al processo amministrativo, costituisca un motivo nuovo di ricorso, è da ricordare la decisione già citata precedentemente, nella nota 16, pag. 217; si vedano anche le fattispecie citate *infra*, nella nota 160.

casi, ha dichiarato inammissibile, perchè generico, il motivo di ricorso, nel quale non era sufficientemente precisato l'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, il quale si assumeva violare la norma.

Le considerazioni che precedono, però, permettono di valutare esattamente anche la portata della disposizione, per cui nell'atto introduttivo del ricorso devono essere indicate anche le norme di legge che si afferma essere state violate: disposizione, la quale è frequentemente applicata dal giudice amministrativo, per dichiarare inammissibili per genericità taluni motivi di ricorso <sup>(158)</sup>.

D'altra parte, il contenuto normativo che, pacificamente, è attribuito alla disposizione in esame, non si esaurisce nella mera prescrizione di una attività che la parte deve compiere, nella compilazione dell'atto introduttivo del giudizio: la dottrina, unanime, va oltre, sostenendo che il giudice amministrativo

<sup>(158)</sup> La casistica in cui il Consiglio di Stato ha dichiarato generico un motivo di ricorso, perché in esso non era stata individuata la norma di legge violata dall'aspetto del comportamento dell'Amministrazione, pure sufficientemente precisato, è senz'altro meno ricca di quella che si riferisce alla genericità del motivo per indeterminatezza del comportamento dell'Amministrazione, o, in genere, dei c.d. « fatti ». Ciò nonostante è possibile reperire lo stesso alcune decisioni in tal senso, tra cui, abbastanza significativa, quella della V sez., 22 aprile 1953, n. 240, di cui è stata pubblicata la sola massima (*Foro amm.*, 1953, I, 2, 336; *Rass. Cons. Stato*, 1953, 356) la quale, peraltro, è del tutto generica, e non lascia trasparire le particolarità del caso; in tale fattispecie era stata impugnata una clausola di bando di concorso, la quale prescriveva che i concorrenti avessero residenza stabile nell'ambito del territorio del Comune, che aveva bandito il concorso stesso: il Consiglio di Stato ha dichiarato generico, quel motivo in cui tale clausola si affermava essere in contrasto con le « leggi vigenti ».

È da osservare, comunque, che la giurisprudenza, in genere, interpreta con una certa larghezza la disposizione, per cui nell'atto introduttivo del ricorso devono essere indicati gli articoli di legge e di regolamento che si assume essere stati violati dall'Amministrazione; tale giurisprudenza, infatti, pur richiedendo l'esatta individuazione della norma violata, ammette che essa sia determinata anche con mezzi diversi da quello, strettamente formale, dell'indicazione dell'articolo di legge in cui è contenuta (v., per esempio: VI sez., 18 maggio 1955, n. 358, in *Foro amm.*, 1955, I, 3, 279; in dottrina, cfr.: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 286.

è vincolato alle indicazioni delle norme di legge che il ricorrente deve compiere, nel senso che egli può valutare solo alla luce di queste, la fattispecie concreta esposta nel ricorso; e, in questo, si vede comunemente una limitazione dell'applicazione nel processo amministrativo, del principio *iura novit curia*, che, si afferma, domina incontrastato, viceversa, il processo civile; quel principio, cioè, per cui, se il giudice, nei processi di tipo dispositivo, è vincolato alla cognizione del solo materiale di fatto dedotto dalla parte, egli, al contrario, è libero di valutare tale materiale, alla stregua di norme di legge, la cui scelta è rimessa esclusivamente a lui, senza che possa essere limitata da deduzioni di parte.

Non si può negare che un certo vincolo del potere di cognizione del giudice amministrativo, alle norme di legge dedotte dal ricorrente, sussista effettivamente; ma non pare che questo vincolo possa essere dedotto unicamente dalla disposizione in parola, e, soprattutto, esso deve essere contenuto in limiti assai più ristretti di quelli che appaiono dalla sua ampia formulazione che si è indicata.

Infatti, la disposizione che si esamina, pare dovuta alla sola esigenza che nell'atto introduttivo del giudizio il motivo di ricorso sia precisato in tutti i suoi aspetti; e, per le considerazioni svolte in precedenza, questa esigenza è del tutto sufficiente a richiedere che in tale atto siano indicate anche le norme che si assumono essere state violate dall'Amministrazione <sup>(159)</sup>.

<sup>(159)</sup> Sull'orientamento, pacificamente accolto, ad interpretare la disposizione del regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato nel senso di cui nel testo, ha sicuramente esercitato una influenza, peraltro non esattamente determinabile, il principio per cui la Cassazione, nella valutazione della fondatezza della sentenza impugnata, è vincolata ai vizi di tale sentenza rilevati dal ricorrente, e dedotti come motivi di ricorso (v. per tutti: CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., vol. II, pag. 158 ss., e pag. 257, nota 2). Questa influenza, del resto, si ricollega ad un generico indirizzo, volto a rintracciare profonde analogie tra il ricorso per Cassazione, e il ricorso al Consiglio di Stato, tanto che, quando si individua una divergenza di disciplina tra l'uno e l'altro, non si manca di far

In realtà, il vincolo del giudice alle deduzioni del ricorrente, per quel che riguarda la scelta delle norme di legge da applicare alla fattispecie, sembra derivare non da considerazioni di carattere meramente formale, attinenti, cioè, al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio, ma da altri rilievi, di carattere più sostanziale; dai rilievi, cioè, per cui se il giudice amministrativo potesse valutare il comportamento dell'Amministrazione, alla luce di una norma, la quale è diversa da quella che il ricorrente assume essere stata violata, egli, in sostanza, cambierebbe lo stesso motivo di ricorso dedotto dal ricorrente medesimo; seguendo questo ordine di idee, si arriva alla conclusione che il giudice amministrativo, non tanto è vincolato alle deduzioni di parte, per quel che riguarda la scelta delle norme da applicare alla fattispecie, su un piano generale, quanto è vincolato alle deduzioni di parte, nell'indagine sulla legittimità dell'atto

rilevare la cosa, quasi che si trattasse di una deviazione da un principio generale.

Per quel che riguarda il punto specifico, della prescrizione legislativa della indicazione nell'atto di ricorso della norma di legge che si assume essere violata, in ambedue i casi, effettivamente, tale prescrizione si presenta come sostanzialmente analoga (cfr. art. 366 cod. proc. civ., nn. 3, 4); e anche nel caso della Cassazione, si tratta di una disposizione, la quale è puntualmente applicata con quel temperamento di carattere formale, che si è visto alla fine della nota precedente, essere ammesso dal Consiglio di Stato (v.: Cass., 22 novembre 1954, n. 4280, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce: *Cassazione in materia civile*, n. 160; Cass., 22 ottobre 1955, n. 3445, *ivi*, 1955, n. 171).

In ogni caso, però, come si accenna anche nel testo, la prescrizione della indicazione degli articoli di legge sui quali l'attore (o il ricorrente) basa la propria domanda, nell'atto introduttivo del giudizio, non può valere, di per sé, come vincolo alla valutazione da parte del materiale di fatto, dedotto dall'attore, solo sotto il profilo giuridico da questo proposto; infatti, nel processo civile di merito, nel quale, si afferma, vige incontrastato il principio *iura novit curia*, il contenuto dell'atto di citazione è determinato dall'art. 163, 3° comma, cod. proc. civ., il quale, al n. 4, fa esplicito riferimento alla esposizione che l'attore deve compiere, non solo dei fatti, ma anche degli elementi di diritto, posti a fondamento della domanda.

In realtà, il vincolo del giudice alle deduzioni del ricorrente, anche per quel che riguarda la scelta delle norme di legge da applicare alla fattispecie, e i limiti di questo vincolo, possono discendere solo da ragioni di carattere sistematico, di cui si dice nel testo.

impugnato, per quel che riguarda il vizio, la cui sussistenza è da riscontrare; del resto, che questo sia l'orientamento del Consiglio di Stato sul punto, lo si può dedurre chiaramente da alcune decisioni, degne del massimo interesse <sup>(160)</sup>.

Stando così le cose, si può osservare come, sotto un certo profilo, il giudice amministrativo sia vincolato alle deduzioni di

<sup>(160)</sup> Particolarmente significative due decisioni della V sez.: 20 gennaio 1950, n. 69, e 12 marzo 1955, n. 424; di queste due decisioni risulta pubblicata, però, la sola massima, la quale non lascia trasparire assolutamente gli aspetti più interessanti delle pronunce (la prima è pubblicata in *Foro amm.*, 1950, I, 2, 200, e in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1950, 363; la seconda, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1955, 309).

Nei due casi, le fattispecie decise presentano sorprendenti analogie, fin nelle disposizioni di un regolamento comunale, che in esse assumevano rilevanza.

La prima: un dipendente del Comune di Milano, licenziato per ragioni disciplinari, aveva impugnato il provvedimento davanti alla Giunta provinciale amministrativa, deducendo un vizio di merito: la eccessività della punizione inflitta, rispetto alla infrazione commessa. La decisione di rigetto della Giunta era stata impugnata, successivamente, davanti al Consiglio di Stato, in appello, e, nel ricorso, era stata dedotta per la prima volta l'argomentazione, per cui l'infrazione commessa dal dipendente, era stata classificata tra quelle previste dall'art. 47 del regolamento generale del personale del Comune di Milano, la cui sanzione prescritta è, appunto, il licenziamento; tale infrazione, invece, doveva essere classificata tra quelle previste dal successivo art. 48, per le quali sono prescritte sanzioni di minore entità, e, in ogni caso, al dipendente doveva essere concessa l'attenuante di cui all'art. 49 dello stesso regolamento.

La seconda fattispecie è in tutto e per tutto identica alla prima, anche nel suo svolgimento processuale; solo, gli articoli del regolamento del Comune di Milano, citati per la prima volta in grado di appello, erano stati richiamati al fine di configurare, nel comportamento dell'Amministrazione, un vizio di violazione di legge.

Il Consiglio di Stato ha ammesso la prima argomentazione, ed ha respinto la seconda, considerando questa, a differenza di quella, come un motivo nuovo: questa apparente contraddittorietà di giudicati, rivela, invece, una singolare coerenza e precisione di concetti; infatti, nella prima ipotesi, il motivo dedotto davanti al Consiglio di Stato era rimasto identico rispetto a quello proposto davanti alla Giunta, e cioè era quello, di merito, concernente la eccessività della pena, in relazione alla infrazione commessa dal dipendente licenziato; la citazione delle disposizioni del Comune di Milano era stata compiuta al solo fine di far risaltare meglio questa eccessività (nè importa qui esaminare i limiti, entro cui un processo logico del genere, con commistioni del vizio di legittimità con quello di merito, era possibile). Nel secondo caso, al contrario, era stata dedotta una vera e propria violazione di legge, proponendo un vero e proprio motivo nuovo di impugnativa.

parte anche per quel che riguarda le norme da applicare alla fattispecie; e che perciò, sotto lo stesso profilo, l'applicazione del principio *iura novit curia* sia limitata nel processo amministrativo; non pare dubbio, però, che proprio questo profilo non sia il migliore per poter apprezzare il fenomeno in tutta la sua portata; e che, ad ogni modo, l'applicazione del principio in parola non è affatto esclusa in ogni caso, e, anzi, è perfettamente ammessa, tutte le volte in cui il mutamento della norma di legge non si traduce in un mutamento del motivo di ricorso dedotto dal ricorrente <sup>(161)</sup>; e, del resto, è appena il caso di notare come, secondo la classica opinione del CALAMANDREI, si verifichi l'identico fenomeno anche in altro giudizio di impugnazione: quello di Cassazione <sup>(162)</sup>.

Quali conseguenze siano da trarre su un piano sistematico dalle considerazioni qui svolte, lo si vedrà successivamente, in sede di inquadramento dogmatico della nozione di motivo di ricorso; per il momento, appare più opportuno trarre le conseguenze per il tema che specificamente interessa, di quella maggiore analisi del contenuto del motivo di ricorso amministrativo, che si è potuta compiere: è evidente come anche i due elementi di tale contenuto che si sono precisati, costituiscono oggetto di accertamenti da parte del giudice amministrativo, i quali hanno carattere meramente pregiudiziale, almeno in senso meramente logico; tali accertamenti, più esattamente, si risolvono in due

<sup>(161)</sup> Si veda, a questo proposito, questo passaggio della motivazione della prima delle due decisioni citate nella nota precedente: « Ora, nella rivalutazione dei fatti che il giudice amministrativo deve effettuare, per determinare l'adeguatezza o meno della sanzione inflitta, è suo preciso compito rinvenire la disposizione che meglio si adegui ai fatti stessi costituenti la mancanza disciplinare; e, pertanto, a nulla rileva la circostanza che le parti prospettino o no l'applicabilità di alcune disposizioni regolamentari in luogo di altre, di fatto applicate »; per apprezzare la portata di queste affermazioni, si deve considerare che, nella fattispecie decisa, il vizio denunciato dell'atto impugnato si concretava, appunto, nella inadeguatezza della sanzione inflitta al ricorrente: perciò, nel passo riportato, le parole corrispondenti possono essere sostituite con quelle, ben più generali, di vizio dell'atto dedotto.

<sup>(162)</sup> *La Cassazione civile*, cit., pag. 160, 161.

proposizioni, che si ritrovano tipicamente in ogni *iter* logico compiuto dal giudice amministrativo: gli accertamenti dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che si assume violare la norma, e di questa norma stessa, infatti, costituiscono i termini di un sillogismo che è, per così dire, un passaggio obbligato dell'*iter* del giudice amministrativo: la sua conclusione determina se sussista, nella realtà, quella disformità del comportamento della pubblica Amministrazione dal paradigma legislativo, che produce l'illegittimità dell'intero comportamento stesso; ossia, tale sillogismo determina a sua volta, come si è detto, la premessa minore del sillogismo finale del giudice <sup>(163)</sup>.

Si è così pervenuti alla individuazione, nel contenuto del motivo di ricorso, di quegli elementi, che costituiscono i tipici oggetti degli ultimi accertamenti pregiudiziali compiuti dal giudice amministrativo; ma in questa analisi dei rapporti tra oggetto degli accertamenti pregiudiziali, in genere, e contenuto del motivo di ricorso, si può andare ancora oltre; materiale assai prezioso, in questa indagine, ci è offerto dalla ricchissima casistica giurisprudenziale, in materia di motivi di ricorso, specie per quel che riguarda il grado di precisazione che la indicazione di questi dev'è assumere, nell'atto introduttivo del giudizio.

Nell'esame di questa giurisprudenza, è possibile rinvenire, infatti, un orientamento tendente ad allargare il contenuto del motivo di ricorso, oltre i suoi limiti fin qui tracciati, e rompendo necessariamente, perciò, il collegamento tra di esso, e la disformità dal paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione.

Infatti, molto spesso, il Consiglio di Stato ha ritenuto generici dei motivi di ricorso, nei quali non erano sufficientemente precisate delle circostanze di fatto le quali, se per un verso rilevavano ai fini della valutazione del vizio del comportamento

<sup>(163)</sup> Cfr., *supra*, pag. 322.

dell'Amministrazione, d'altro canto, di per sè, in quanto tali, erano estrinseche al comportamento stesso.

× Talvolta, questa tendenza può essere spiegata, perchè essa si riferisce ad ipotesi, in cui il vizio dell'atto non è altrimenti individuabile, se non sulla base della valutazione delle circostanze predette<sup>(164)</sup>: si tratta di ipotesi, che rientrano nel fenomeno generale della illegittimità dell'atto amministrativo, e a cui si è già accennato precedentemente<sup>(165)</sup>. In queste ipotesi, è evidente, la individuazione del vizio dell'atto, non può non procedere di pari passo, con la precisazione delle circostanze, sulla cui base questo è apprezzabile: se queste non sono indicate, è la stessa determinabilità del vizio che viene meno, e perciò, in definitiva, il motivo corrispondente non può non essere generico.

Non di rado, però, il Consiglio di Stato traduce in genericità del motivo, la mancata precisazione nell'atto introduttivo del ricorso, di talune circostanze, le quali non solo sono, di per sè, estrinseche al comportamento dell'Amministrazione, e, quindi, al suo vizio, ma anche, a rigore, non sono indispensabili per

<sup>(164)</sup> Casi del genere ricorrono frequentemente, quando il ricorrente deduca un vizio dell'atto, che può essere classificato in una di quelle figure di eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza: disparità di trattamento, travisamento di fatti, illogicità manifesta, etc., senza, però, che siano indicate, contemporaneamente, le circostanze in cui tale travisamento, tale disparità di trattamento si concreta; che, senza tale precisazione, il motivo di ricorso appaia generico, risulta evidente, ove si consideri che uno stesso atto può avere travisato i fatti, disposto un trattamento non eguale, etc., sotto diversi aspetti; e questo fenomeno, del resto, non è altro che il riflesso di quella circostanza, cui si è precedentemente accennato, per cui, talvolta, l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione è rilevabile solo se questo è valutato alla luce di elementi di fatto ad esso estrinseci (per esempio, tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla genericità di motivi, che possono essere ricondotti all'ipotesi in esame, v.: V sez., 7 dicembre 1951, n. 1562, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1951, 1421, che ha dichiarato generico un motivo di eccesso di potere per travisamento di fatti, senza indicare i fatti che sarebbero stati travisati; VI sez., 24 febbraio 1953, n. 65, in *Foro amm.*, 1953, I, 3, 326, che ha dichiarato generico un motivo di eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà del provvedimento senza indicare il profilo, sotto cui apprezzare l'una o l'altra.

<sup>(165)</sup> Cfr., *supra*, pag. 302 ss.

la individuazione di questo, rilevando, tutt'al più, solo come elementi di valutazione della effettività della affermata sussistenza di tale vizio, già, di per sè, sufficientemente precisato<sup>(166)</sup>.

È evidente, come l'orientamento giurisprudenziale in esame tenda a ricomprendere tali fatti, nel contenuto del motivo di ricorso; ma già in riferimento a queste decisioni, sembra delinearci una discordanza, tra la nozione di motivo di ricorso, che si può trarre dall'orientamento in esame, e un'altra nozione di motivo di ricorso che è alla base, viceversa, di altri gruppi di decisioni, dello stesso Consiglio di Stato, e vertenti in materia di preclusione di motivi nuovi.

Infatti, il Consiglio di Stato, in alcune decisioni di notevole interesse, vertenti su questa materia, ha ritenuto che non sem-

<sup>(166)</sup> Ammettiamo senz'altro che appare assai difficile operare una netta distinzione tra questa ipotesi, e quella di cui alla penultima nota; comunque, sembra che si possano individuare dei casi, in cui, a rigore, l'indicazione di determinati fatti, pur essendo necessaria per accertare se un determinato vizio dell'atto sussiste, non è però indispensabile, per la precisazione del vizio stesso; probabilmente, deve essere fatta rientrare in questa ipotesi, il caso in cui, nell'impugnazione di provvedimenti relativi all'avanzamento di ufficiali di carriera, si deduca come motivo di ricorso la incompletezza, o la inesattezza del libretto personale dell'ufficiale, senza indicare, però, quali sono le note che sarebbero mancanti, o illegittime; eppure, il Consiglio di Stato ha sempre dichiarato generico tale motivo, che non contenesse l'indicazione di queste note (v., per esempio: IV sez., 1 febbraio 1955, n. 99, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1955, 102, dove è pubblicata, però, la sola massima, la quale non lascia trasparire le particolarità della fattispecie; IV sez., 3 marzo 1950, n. 122, in *Foro amm.*, 1950, I, 1, 234: anche qui, però, si può leggere la sola massima, con lo stesso inconveniente; IV sez., 21 maggio 1949, n. 188, *ivi*, 1949, I, 1, 345: stessa avvertenza).

Si veda anche la fattispecie decisa dalla VI sez., 13 maggio 1952, n. 286, in *Foro amm.*, 1952, I, 3, 370 (anche qui, non è riportata la motivazione, necessaria per rilevare gli elementi salienti del caso): nel ricorso era stato impugnato un provvedimento, connesso con un rapporto di impiego con le FF. SS., deducendo un motivo di disparità di trattamento; il vizio corrispondente era stato precisato nel senso, che tale disparità si sarebbe concretata nella circostanza per cui degli arretrati, non corrisposti al ricorrente, erano stati attribuiti, al contrario, ad altri funzionari, che si trovavano nelle identiche condizioni; mancava l'indicazione di questi funzionari: è assai dubbio, però, che tale indicazione potesse servire alla individuazione della censura dedotta, e non attenesse, invece, alla verifica della sussistenza di questa; la decisione citata, comunque, ha accolto la prima tesi, dichiarando, per questa ragione, generico il motivo.

pre il mutamento dei « fatti » dedotti dal ricorrente si risolve necessariamente nel mutamento del motivo proposto; e i casi in cui il Consiglio di Stato si è orientato in questo senso, possono essere precisati, facendoli rientrare nella ipotesi in cui il mutamento dei fatti anzidetti, non implica il mutamento dell'aspetto del comportamento della pubblica Amministrazione, che si assume essere contrario alla norma; ossia, in altre parole, nella ipotesi in cui i fatti che vengono mutati, non costituiscono elementi di identificazione di tale aspetto <sup>(167)</sup> <sup>(168)</sup>.

È evidente come, secondo quest'ultimo orientamento giuri-

<sup>(167)</sup> Particolarmente notevole la seguente fattispecie: il ricorrente, pubblico impiegato, aveva impugnato davanti alla Giunta provinciale amministrativa un provvedimento di dimissioni d'ufficio, proponendo nell'atto di ricorso il motivo che egli non aveva mai avuto la volontà di abbandonare il servizio; successivamente, in memoria, il ricorrente aveva dedotto anche la circostanza, che l'Amministrazione, prima di emanare il provvedimento impugnato, aveva omesso di rivolgergli diffida a riprendere il servizio. Il Consiglio di Stato ha deciso che la successiva deduzione di questa circostanza, non concreta la proposizione di un motivo nuovo, perchè, in quel tempo (afferma la decisione), la giurisprudenza era nel senso che il provvedimento di dimissioni d'ufficio fosse basato sulla presunzione della volontà del dipendente di abbandonare il servizio (e in questo starebbe la differenza dell'atto di cui si tratta, dalla accettazione delle normali dimissioni, in cui tale volontà è espressa); la diffida che l'Amministrazione avrebbe dovuto rivolgere, perciò, aveva il solo scopo di chiarire la effettività della volontà dell'impiegato; per tale ragione, la circostanza che l'Amministrazione aveva omesso la diffida, non doveva essere valutata come una autonoma censura, ma, al contrario, costituiva solo sviluppo, illustrazione, o dimostrazione di quella, già proposta, della mancanza della volontà di abbandonare il servizio (V sez., 20 ottobre 1950, n. 1041; in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1950, 727, è pubblicata la sola massima, del tutto insignificante sotto il profilo che qui interessa).

<sup>(168)</sup> Anticipando quel che si affermerà nel paragrafo successivo, si può accennare fin da ora come il motivo di ricorso costituisca elemento di identificazione del ricorso stesso; per tale ragione, la distinzione tra quei fatti il cui mutamento importa mutamento del motivo di ricorso (e, quindi, del ricorso stesso), e gli altri fatti, che non hanno questa rilevanza, non è altro che la stessa distinzione tra i c.d. fatti giuridici, e i c.d. fatti semplici, la quale è ben nota alla dottrina del processo civile, proprio in sede di determinazione degli elementi di identificazione dell'azione, e, in particolare, della *causa petendi* (v. per tutti: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 283); si tratta di una distinzione, che è stata richiamata anche nel processo amministrativo (D'ALESSIO, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 576), pur facendo esplicito riferimento alla sua estrema delicatezza, la quale risulta molto chiaramente anche dagli esempi riportati nel presente lavoro.

sprudenziiale, il contenuto del motivo di ricorso dovrebbe essere costituito dal solo vizio dell'atto, e cioè dalla singola disformità dal paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione. Nè a questa affermazione è di ostacolo la considerazione, che la non corrispondenza tra il generico mutamento dei « fatti », e il mutamento del motivo di ricorso, sia limitata alla sola ipotesi in cui questi « fatti » non costituiscano degli elementi di identificazione del motivo: tali « fatti », in realtà, possono sempre essere considerati come meramente estrinseci alla violazione di legge compiuta dall'Amministrazione, anche quando essi costituiscono il solo mezzo per rilevarla, e, quindi, per identificarla.

Sulla base dell'esame della giurisprudenza, si sono potute precisare, così, due nozioni di motivo di ricorso, la più ampia delle quali comprende non solo il vizio dell'atto, come la più ristretta, ma anche tutte quelle circostanze, sulla cui base è possibile valutare la effettiva sussistenza del vizio stesso.

Comparando il valore di tali due nozioni, sembra che la prima di queste appaia come nettamente preferibile. Si può osservare, anzitutto, come se si accogliesse la nozione più ampia di motivo di ricorso, si verrebbe a perdere quella relazione di identità tra questo e il vizio dell'atto, che pure pare perfettamente rispondente anche ad esigenze di carattere sistematico.

Non solo, ma unicamente la prima delle due nozioni in esame, si appalesa come avente un significato tecnico, e come veramente indispensabile, per la decisione delle numerose questioni, per la cui soluzione si fa riferimento al concetto di motivo di ricorso; infatti, da un lato, solo questa serve di base, come si è detto, alla soluzione del maggior numero di questioni del genere, e cioè quelle concernenti la preclusione alla deduzione di motivi nuovi.

D'altro canto, per la soluzione della questione relativa alla determinazione del contenuto minimo che deve avere l'atto introduttivo del giudizio, non è indispensabile fare riferimento alla

nozione di motivo di ricorso, o, quanto meno, solo a questa nozione.

Infatti, non pare dubbio che in tale atto debbano essere sufficientemente precisate non solo la violazione di legge compiuta dall'Amministrazione, ma anche quelle circostanze, sulla cui base è possibile apprezzare l'effettività della sussistenza di tale violazione; altrimenti, l'atto introduttivo del giudizio verrebbe meno ad una funzione che esso indubbiamente ha, quale è quella di indicare fin dall'inizio del processo, e salvo integrazioni successive dovute anche alle deduzioni della controparte, quegli elementi sul cui fondamento il giudice può pronunciare la sua decisione. Però la necessità che l'atto introduttivo del giudizio contenga anche l'indicazione di tali circostanze, può anche non essere dedotta dalla disposizione per cui in tale atto devono essere indicati i motivi del ricorso: anzi, un procedimento logico del genere pare contrario al sistema della legge, la quale distingue, come si è visto, tra i motivi e i « fatti »; e questa distinzione si ha proprio quando la legge detta esplicitamente che anche questi siano indicati nell'atto introduttivo del giudizio. Per tali ragioni anche se si accoglie quella nozione ristretta di motivo, che appare preferibile, rimane pur sempre un esplicito argomento testuale, per dichiarare inammissibili quei ricorsi, nei quali non sono sufficientemente precisate anche le circostanze di cui si tratta.

— L'opportunità di restringere il contenuto del motivo di ricorso, in corrispondenza del vizio dell'atto, appare ancor più evidente, ove si considerino alcune decisioni del Consiglio di Stato, per così dire, estreme, le quali ricollegano al contenuto del motivo di ricorso, addirittura i mezzi di prova della effettiva sussistenza delle circostanze dedotte dal ricorrente, dichiarando inammissibile per genericità quel motivo, in cui il ricorrente non aveva indicato nessuna prova delle circostanze dedotte (169).

(169) VI sez., 23 ottobre 1950, n. 371, in *Foro amm.*, 1951, I, 3, 73; la massima ivi pubblicata non rispecchia minimamente, però, gli aspetti salienti della motivazione.

La punta massima di questo orientamento è stata raggiunta, crediamo, da una pronuncia, con la quale si è deciso dell'impugnazione di un provvedimento di licenziamento di un dipendente comunale; il ricorrente aveva dedotto, come vizio dell'atto, la sua contraddittorietà con due precedenti delibere dello stesso comune, le quali erano state esattamente indicate nel ricorso; tale motivo è stato ritenuto generico, però, perchè le delibere in parola non erano state allegate (170).

È evidente che alla base di questo orientamento sta la tendenza ad attribuire all'atto introduttivo del giudizio una funzione di determinazione immediata, almeno da parte del ricorrente, del materiale sottoposto alla cognizione del giudice, con preclusione di deduzioni ulteriori, le quali, magari, non derivino dalle contestazioni del resistente; potrebbe anche darsi che questa tendenza fosse esatta, ma essa, ovviamente, si deve fondare su ragioni di carattere sistematico, e non sulla evidente forzatura della lettera della legge.

L'allargamento della nozione del motivo di ricorso che si è detto, porta, infatti, a conseguenze inammissibili. Per un verso, nei limiti in cui tale allargamento si risolve nella preclusione alla produzione di elementi di prova da parte del ricorrente, esso sembra contrastare con i caratteri stessi della istruzione probatoria: come ha messo in luce il BENVENUTI, infatti, nell'acquisizione al processo amministrativo di elementi di prova indicati dal ricorrente, contribuisce grandemente lo stesso giudice (171). E, ad ogni modo, risolvendo la mancata indicazione degli elementi di prova, in genericità del motivo in cui viene dedotto il vizio dell'atto da provare, si trasforma in una decisione meramente processuale, quella che, in realtà, è una vera e propria pronuncia di merito.

Comunque, al di là di ogni considerazione, sui caratteri

(170) V sez., 13 giugno 1953, n. 350, in *Foro amm.*, 1954, I, 2, 21; anche in questo caso, vale l'avvertenza di cui alla nota che precede.

(171) *L'istruzione*, cit., pag. 282 ss.

della nozione di motivo di ricorso, che sarebbe preferibile accogliere, qui importa rilevare che, in ogni caso, il contenuto del motivo di ricorso viene sempre a coincidere con l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali del giudice amministrativo; è evidente, infatti, come, secondo l'orientamento estensivo del Consiglio di Stato che si è indicato, si dovrebbero far rientrare nel contenuto del motivo, quelle circostanze, e, addirittura, le prove di quelle circostanze, le quali, come si è detto, devono essere accertate e valutate dal giudice amministrativo, ai fini della soluzione della questione c.d. principale, concernente la legittimità dell'atto impugnato.

Gli accertamenti relativi, come si è visto, hanno senz'altro carattere pregiudiziale, almeno in senso meramente logico; più precisamente, si entra, in tal modo, in quell'ambito di accertamenti pregiudiziali, il quale sfugge ad ogni schematizzazione aprioristica; e questa considerazione, di impossibilità di organica sistemazione, si deve riferire anche al contenuto del motivo di ricorso, ove questo fosse inteso in senso ampio.

Si possono solo ribadire le affermazioni, già avanzate all'inizio di questo paragrafo: e, cioè, che l'intero contenuto del motivo di ricorso si identifica con l'oggetto di accertamenti del giudice amministrativo aventi carattere meramente pregiudiziale; e che, d'altro canto, ove il motivo di ricorso è inteso nel senso ampio che vi è visto, esso contrassegna anche i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

→ In questa ipotesi, infatti, il motivo di ricorso viene a comprendere, in definitiva, tutto l'insieme delle argomentazioni del ricorrente: di quelle argomentazioni, cioè, al cui accertamento è vincolata, per il principio dispositivo, la cognizione del giudice, ai fini della decisione della questione c.d. principale sottoposta al suo esame.

S'intende, che lo schema di ragionamento, in tal modo offerto al giudice dal ricorrente, sarà in ogni caso integrato dalle controdeduzioni del resistente: più precisamente, sulle afferma-

zioni del ricorrente, contestate dal resistente, sorgeranno altrettante questioni pregiudiziali, le quali comporteranno, a loro volta, il sorgere di altre questioni pregiudiziali, su ognuno dei passaggi successivi del ragionamento, sino alla conclusione finale; può darsi, però, che vengano contestati dal resistente, le stesse affermazioni di partenza del ricorrente: in tal caso, là dove altrimenti sarebbe rimasto un punto pregiudiziale, sorgerebbe una questione pregiudiziale, i cui termini, a loro volta, costituirebbero i nuovi punti pregiudiziali, secondo un fenomeno già precedentemente descritto<sup>(172)</sup>; ma a parte questa ipotesi, nella quale verrebbe spostato, in tal modo, il limite iniziale del fenomeno della pregiudizialità, rispetto al contenuto del motivo di ricorso proposto dal ricorrente, la corrispondenza affermata resta.

Ciò costituisce una conferma di quanto si è già accennato nella prima parte del presente lavoro; e, cioè, che le prime tracce di quel nesso di pregiudizialità, che è da ravvisarsi nell'*iter* logico percorso dal giudice, si trovano già delineate nel concatenarsi delle affermazioni che sono avanzate dall'attore<sup>(173)</sup>.

27. L'esame delle relazioni che intercorrono tra l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali, compiuti dal giudice amministrativo, e il contenuto del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, sarebbe però incompleto, se si tralasciasse di svolgere qualche considerazione inerente ai lineamenti sistematici del motivo stesso di ricorso; e l'esigenza di un approfondimento in tal senso, si fa maggiormente sentire, in quanto le osservazioni che si avranno modo di compiere al riguardo, costituiranno, in un certo senso, il ponte di passaggio, e anzi, addirittura, la necessaria premessa, per l'esame di un ultimo problema, che è da ricollegarsi al tema della pregiudizialità: quello relativo ai limiti obbiettivi della cosa giudicata.

In dottrina, in corrispondenza col piano superficiale, sul

(172) Cfr., *supra*, pag. 39 ss., 209 ss.

(173) Cfr., *supra*, pag. 22.

quale è mantenuto ogni riferimento alla nozione di motivo di ricorso, mancano, in generale, tentativi di inquadramento dogmatico della nozione stessa; fa eccezione una tesi, sostenuta dal D'ALESSIO, prima <sup>(174)</sup>, e, successivamente, ripresa da GUICCIARDI <sup>(175)</sup> <sup>(176)</sup>, secondo la quale il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo costituirebbe la *causa petendi* di questo; come si intuisce immediatamente, si tratta di una opinione la quale si pone come un notevolissimo approfondimento della materia, giacchè, evidentemente, presuppone la soluzione di alcuni delicati problemi, inscindibilmente connessi con la *causa petendi*, come, almeno parzialmente, si è tratteggiato nella prima parte del presente lavoro; perciò, non solo per il rilievo che tale tesi acquista, in contrasto col generale stato della dottrina, ma anche, e, soprattutto, per questo suo proprio carattere, essa merita di essere adeguatamente valutata.

Anzitutto, si può osservare come la qualificazione del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, come la *causa petendi* del processo amministrativo, appaia il frutto di un tentativo di delineare un parallelismo, almeno sotto questo profilo, tra tale processo, e il processo civile: la *causa petendi*, infatti, come ognuno sa, è un concetto che è stato elaborato in relazione all'azione civile, e come elemento di identificazione di questa.

Le basi di questo tentativo possono essere rintracciate, anzitutto, su un piano del tutto generico, in quanto, in un certo senso, anche il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo costituisce, come la *causa petendi* nel processo civile, il fondamento della domanda di parte, e, quindi, della pronuncia

<sup>(174)</sup> *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 575.

<sup>(175)</sup> *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 213.

<sup>(176)</sup> La coincidenza tra la *causa petendi* dell'azione civile e il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo è affermata anche da qualche rara pronuncia del Consiglio di Stato; v.: V sez., 24 novembre 1950, n. 1191, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 76, nella motivazione riportata in nota; V sez., 21 luglio 1955, n. 802, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1955, 666, in una affermazione all'inizio della parte della motivazione riprodotta.

giurisdizionale, nel processo corrispondente; ma non è difficile trovare anche un collegamento più specifico, in relazione a quel tipo di processo civile, le cui analogie col processo amministrativo sono affermate, talvolta, e sotto determinati profili: il processo di cassazione; infatti, si deve ricordare, a questo proposito, la nota tesi, secondo la quale il motivo del ricorso per cassazione, costituirebbe la *causa petendi* del corrispondente processo.

D'altra parte, sempre rimanendo su un piano di considerazioni, per così dire, puramente esteriori, e non scendendo ancora a rilievi di carattere più sistematico, non si può fare a meno di osservare, come, almeno in apparenza, tra la *causa petendi* dell'azione civile, e il motivo del ricorso amministrativo esista una forte differenza: e cioè che, da un lato, come si è visto nella prima parte del presente lavoro, la dottrina è unanime nell'affermare che la norma giuridica che il giudice applica alla fattispecie, per decidere su di essa, non rientra nella *causa petendi* <sup>(177)</sup>, mentre, invece, si è già notato come tale norma sia da ricollegarsi col motivo di ricorso; ciò comporta la conseguenza, assai cospicua, che il mutamento della norma, nell'ipotesi del motivo di ricorso, importa il mutamento di questo, nell'ipotesi della *causa petendi* nel processo civile non importa mutamento di questa, e, ove essa sia considerata elemento di identificazione dell'azione, neppure mutamento dell'azione stessa <sup>(178)</sup>.

<sup>(177)</sup> Cfr., per tutti: CHIOVENDA, *principi*, cit., pag. 283.

<sup>(178)</sup> In questo senso, v.: CHIOVENDA, *op. loc. ult. cit.*, e *Istituzioni*, cit., vol. I, pag. 326; per prese di posizione più recenti, v.: LIEBMAN, *Manuale*, cit., vol. I, pag. 73; cfr. anche: SATTA, *Diritto processuale*, cit., pag. 301, 302; per la dottrina detesca, v., di recente: NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit., in *Arch. Civ. Pr.*, 1955, pag. 282, 283; cfr. anche, per la considerazione, che consegue ovviamente, per cui il giudice può sempre applicare la norma che crede meglio, al « fatto » dedotto dalla parte, senza violare il principio dispositivo: ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pag. 400, 401; particolarmente reciso, in questo senso: STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar*, cit., ad § 253, III, b z.

Il problema adombrato con quest'ultimo riferimento si presenta come assai delicato, però, se considerato sotto il profilo della distinzione tra il mero mutamento del profilo giuridico, dal mutamento dell'azione; la soluzione delle que-

Per superare questa discordanza, occorre svolgere considerazioni più penetranti sul tema, le quali, peraltro, sono gravemente ostacolate dalle molte incertezze che sussistono ancor oggi sui caratteri della *causa petendi* dell'azione civile<sup>(179)</sup>; in realtà, se si tenesse conto di ognuna delle varie teorie che sono state sostenute in proposito, il ragionamento sui caratteri comuni e su quelli differenziali dell'una e dell'altra nozione in parola non potrebbe procedere in modo unitario, ma andrebbe frammentato, invece, in relazione alla pluralità di tali teorie.

Per evidenti ragioni di economia del presente lavoro, non si può riprendere sotto questo profilo, la valutazione della discordante dottrina sui lineamenti da attribuire alla nozione di *causa petendi* dell'azione civile; per tale ragione, gioverà riprendere, sotto il profilo che qui interessa, il solo concetto di questa, che è stato precedentemente accolto.

Quando si è esaminato l'argomento in relazione al processo civile, si è individuata la *causa petendi* in quella situazione giuridica di carattere sostanziale, che costituisce il presupposto, cui è vincolato il provvedimento giurisdizionale decisorio del merito della causa; quella situazione giuridica, cioè, che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo; applicando tali considerazioni all'ipotesi ora in esame, si dovrebbe dire che, se si volesse individuare anche nel processo amministrativo una *causa petendi*, tale dovrebbe essere considerata la illegittimità dell'atto impugnato.

Seguendo questo ordine di idee, non sembra, perciò, che il motivo del ricorso possa identificarsi con la *causa petendi*: infatti, se il motivo di ricorso è costituito dalla singola disformità dallo schema legislativo del comportamento della pubblica Am-

zioni che sorgono al riguardo è tutt'altro che agevole, in alcune ipotesi; v. in argomento: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 288, 289; per la dottrina tedesca, sul c.d. problema della *Gesetzeskonkurrenz*, v., da ultimo, NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit., *Arch. Civ. Pr.*, 1955, pag. 282 ss.; ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pag. 405.

<sup>(179)</sup> Cfr., *supra*, pag. 137 ss.

ministrazione, che determina la illegittimità dell'intero comportamento di questa, il motivo stesso può essere considerato, tutt'al più, solo come il « fatto » costitutivo della situazione giuridica sostanziale, che è valutata nel processo come *causa petendi*<sup>(180)</sup>.

E, del resto, che il motivo di ricorso non possa essere considerato come la *causa petendi*, lo si deduce facilmente, sulla base del rilievo per cui questa si identifica con l'oggetto del giudizio: si è già osservato, infatti, come il contenuto del motivo di ricorso costituisca oggetto di un accertamento del giudice amministrativo, che ha carattere meramente pregiudiziale.

Seguendo il filo di ragionamento che si è delineato nel corso del presente lavoro, questa appare essere la ragione più rilevante, per dover escludere l'accettazione pura e semplice della tesi in esame; ciò non di meno, anche se questa non può essere accolta, essa deve essere sempre apprezzata come un tentativo di individuare i caratteri di una relazione che si intuisce sussistere tra il motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo, e l'oggetto del giudizio del susseguente processo; sotto questo profilo, la tesi in parola si rivela assai preziosa, come indirizzo verso il terreno dove l'analisi deve essere approfondita.

In realtà, però, la precisazione della relazione suddetta appare assai delicata, e deve svolgersi per gradi.

L'argomento di importanza decisiva, sulla cui base si deve concludere che nel processo amministrativo sussiste una qualche relazione tra motivo di ricorso e oggetto del giudizio, è da collegarsi con la circostanza per cui il motivo di ricorso è ele-

<sup>(180)</sup> Particolarmente notevole la motivazione della decisione della V sez., 15 novembre 1957, n. 987, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1957, 1432; in tale motivazione si trova esplicitamente affermato che i motivi di ricorso, di per sé, non costituiscono la *causa petendi* del ricorso stesso, la quale, viceversa, si identifica con la situazione giuridica sostanziale fatta valere: e il riferimento, a questo proposito, all'interesse legittimo, ivi compiuto, non appare decisivo, giacchè esso è il frutto dell'accoglimento di una teoria della situazione giuridica che è oggetto del giudizio nel processo amministrativo, diversa da quella qui seguita.

mento di identificazione del ricorso stesso. Per tale ragione, è su tale carattere del motivo di ricorso, che occorre anzitutto soffermarsi.

Che il motivo di ricorso costituisca elemento di identificazione di quest'ultimo, si trova affermato in dottrina, in occasione di qualche sporadica indagine in proposito<sup>(181)</sup>, e, del resto, non senza dissensi<sup>(182)</sup>; la presa di posizione più autorevole in questo senso, comunque, è, evidentemente, quella che si riconnette alla qualificazione del motivo di ricorso, come la *causa petendi* del processo amministrativo<sup>(183)</sup>.

Anche sotto il profilo che qui interessa, appare decisiva, però, l'analisi della giurisprudenza; e, con questo, non si intende attribuire una importanza, che sarebbe ovviamente esagerata, a quelle rare affermazioni sulla funzione di elemento di identificazione che svolgerebbe il motivo di ricorso, che pure, talvolta, si possono reperire nella motivazione di qualche decisione<sup>(184)</sup>; con la considerazione che precede, invece, si vuole osservare come l'attribuzione della funzione in esame al motivo di ricorso, debba discendere dal concreto regolamento, elaborato dalla giurisprudenza, delle varie ipotesi in cui la nozione del motivo acquista rilevanza, e come presupposto del regolamento stesso.

Impostata in tal modo la ricerca, appare indubbio che alla base di molti orientamenti giurisprudenziali sta, appunto, l'attribuzione al motivo di ricorso, del ruolo di elemento di identificazione di quest'ultimo.

<sup>(181)</sup> Cfr., per esempio: JACCARINO, *I motivi del ricorso gerarchico e il ricorso giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1930, III, 142.

<sup>(182)</sup> Soprattutto nella dottrina meno recente; v., per esempio, ANSALONE, *Se in sede amministrativa giurisdizionale siano proponibili motivi non proposti nel ricorso gerarchico*, in *Foro it.*, 1910, III, 234.

<sup>(183)</sup> Cfr.: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 213, la cui affermazione nel senso che il motivo di ricorso è elemento di identificazione di quest'ultimo, è connessa, evidentemente, con la qualificazione del motivo stesso come la *causa petendi* nel processo amministrativo.

<sup>(184)</sup> Cfr., per esempio, la già citata decisione della V sez., 24 novembre 1950, n. 1191, nella motivazione riportata in nota, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 76.

Un primo gruppo di decisioni molto significative in questo senso, è quello relativo alla disciplina della proposizione dei motivi aggiunti; il Consiglio di Stato ha deciso, infatti, che la proposizione di tali motivi è ammessa entro il termine di decadenza di sessanta giorni, sia pure a decorrere da un momento diverso da quello del termine per presentare il ricorso principale<sup>(185)</sup>; e questa tendenza deve essere apprezzata nella sua giusta portata, ponendola in relazione con quella pronuncia, per cui tale principio non si applica, se il ricorso concerne una pretesa patrimoniale scaturente da un rapporto di pubblico impiego, nei cui confronti non sussistono, come è noto, termini di decadenza<sup>(186)</sup>; è evidente, sia nella disciplina dell'ipotesi normale, come in quella del caso meno frequente, che il Consiglio di Stato ha valutato il motivo aggiunto, come un vero e proprio nuovo ricorso.

Non solo: ma ad analoga conclusione si deve pervenire, sulla base delle decisioni concernenti gli aspetti formali della proposizione dei motivi aggiunti: è stato affermato, infatti, che tali motivi devono essere firmati da un avvocato munito di una procura speciale del ricorrente, come se si trattasse di un nuovo ricorso, e non è sufficiente il solo mandato iniziale, come, viceversa, lo sarebbe, ove tali motivi fossero valutati unicamente come illustrazioni, argomentazioni, svolte a fondamento del ricorso principale<sup>(187)</sup>; notevole anche che talvolta si sia soste-

<sup>(185)</sup> Cfr., *supra*, la nota 148, pag. 330.

<sup>(186)</sup> Per questa esplicita limitazione all'applicabilità del principio generale, v.: IV sez., 23 ottobre 1957, n. 963, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1957, 1252.

<sup>(187)</sup> In questo senso, la decisione della V sez., 13 giugno 1953, n. 334, in *Foro amm.*, 1954, I, 2, 17; v. anche, *ivi*, la nota redazionale contraria, sostenendo che i motivi aggiunti costituiscono solo delle ulteriori argomentazioni che vengono dedotte a sostegno del ricorso inizialmente proposto; comunque, la tendenza del Consiglio di Stato è stata confermata, successivamente, da una decisione della Adunanza plenaria (12 gennaio 1954, n. 1, in *Foro amm.*, 1954, I, 4, 41; in senso meno rigoroso, v.: Cons. giust. amm. Reg. sic, 11 ottobre 1955, n. 145, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1955, 1175, che fa dipendere la necessità di un mandato speciale per la deduzione dei motivi aggiunti, dall'ampiezza del mandato rilasciato per la proposizione del ricorso iniziale).

nuto che i motivi aggiunti vanno notificati direttamente all'Amministrazione, come, appunto, il ricorso iniziale, e non all'Avvocatura dello Stato, che rappresenta l'Amministrazione in giudizio (188).

Il concetto di motivo aggiunto, che è facilmente deducibile, sulla base di questi aspetti della disciplina della sua proposizione, è poi esplicitamente affermato, talvolta, in alcune decisioni, le quali dichiarano in modo espresso che il motivo aggiunto deve essere considerato come un nuovo ricorso (189). ✓

✦ Già dall'esame di questi orientamenti del Consiglio di Stato, appare evidente che la giurisprudenza valuta il motivo di ricorso come elemento di identificazione del ricorso stesso; analoga conseguenza deve trarsi anche da quell'altra tendenza giurisprudenziale, la quale dichiara inammissibili quei motivi di ricorso, cui il ricorrente non ha interesse (190): tale posizione può essere spie-

(188) Nella decisione della V sez., 26 settembre 1952, n. 1130 (in *Foro amm.*, 1953, I, 2, 88), il principio che i motivi aggiunti vanno notificati all'Amministrazione, e non all'Avvocatura, costituitasi per il ricorso originario, è affermato in tutto il suo rigore, con la esplicita conseguenza che la notifica eseguita presso l'Avvocatura, importa la nullità dei motivi stessi.

Successivamente, l'Adunanza plenaria è andata in diverso avviso, ammettendo che i motivi aggiunti possano essere notificati anche presso l'Avvocatura, basandosi sulla circostanza, che con la proposizione del ricorso originario, si è già formato un rapporto processuale, in relazione al quale si è costituita in giudizio l'Avvocatura stessa (Ad. pl., 25 febbraio 1954, n. 10, in *Foro amm.*, 1954, I, 4, 48; v., anche: IV sez., 28 marzo 1952, n. 337, in *Foro amm.*, 1952, I, 1, 142, che ammette che la notificazione dei motivi aggiunti possa essere compiuta presso l'Avvocatura costituita: da notare, però, che l'importanza di questa ammissione è molto diminuita, dalla esplicita parità di trattamento, che la motivazione di tale decisione fa, per la notificazione dei motivi aggiunti, e per la notificazione del ricorso originario: anche la irregolare notifica di questo (poniamo: all'Avvocatura), non è considerata, infatti, come causa di nullità, insanabile, ma solo di irregolarità, suscettibile di sanatoria).

(189) Vedi, in questo senso, le decisioni della IV sez., 28 marzo 1952, n. 337, e della V sez., 13 giugno 1953, n. 334, citate nella nota precedente, nella motivazione; cfr. anche: V sez., 28 febbraio 1958, n. 53, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1958, 177.

(190) Cfr. in questo senso: VI sez., 15 novembre 1949, n. 211, in *Foro amm.*, 1950, I, 3, 119; VI sez., 22 dicembre 1954, n. 1027, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1954, 1228; V sez., 29 ottobre 1955, n. 1357 *ivi*, 1955, 1128; IV sez., 1 giugno 1956, n. 570, *ivi*, 1956, 606; V sez., 6 aprile 1957, n. 179, *ivi*, 1957, 472.

gata, evidentemente, solo riferendo al motivo di ricorso quell'elemento (interesse), la cui sussistenza è richiesta per il ricorso: è chiaro, quindi, che alla base dell'affermazione in esame, sta la solita concezione, per cui deduzione di un motivo, vale proposizione del corrispondente ricorso.

Ma, soprattutto, che il motivo di ricorso costituisca elemento di identificazione di quest'ultimo, lo si può rilevare da quegli orientamenti giurisprudenziali prima indicati, e concernenti le preclusioni alla deduzione di nuovi motivi; sono note le dispute cui ha dato luogo in dottrina, la giustificazione sistematica di tali preclusioni, tanto che, in qualche ipotesi, e, soprattutto, in quella che si riferisce ai motivi presentati nel ricorso gerarchico, essa è stata vivacemente criticata (191); senza poter procedere, in questa sede, ad una dettagliata valutazione delle singole teorie avanzate in proposito, si può affermare, però, che in tanto tali preclusioni sono giustificabili, in quanto si ammetta che il motivo di ricorso identifica quest'ultimo; sulla base di questo rilievo, appare facile, allora, osservare come, in qualsiasi modo si vogliano delineare i rapporti tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale, sta di fatto che la legge ha voluto che, nel caso in cui l'atto amministrativo non sia definitivo, contro di esso si debba, anzitutto, presentare ricorso gerarchico: e ove si deducesse per la prima volta in sede giurisdizionale un motivo di impugnativa, ciò si tradurrebbe nella proposizione in quella sede di un ricorso non preceduto dal corrispondente ricorso in sede gerarchica. E un ragionamento sostanzialmente analogo può essere svolto, anche per giustificare tutte quelle altre ipotesi di preclusioni alla deduzione di motivi di ricorso, che si sono prima viste.

Una volta stabilito che al motivo di ricorso si deve attribuire il carattere in parola, rimane ancora da chiarire in che modo esso possa esplicare la funzione di identificare il ricorso.

(191) Cfr., *supra*, nota 146, pag. 329.

Si è già accennato alla coincidenza tra il motivo di ricorso e l'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali del giudice amministrativo; essa, però, non pare sufficiente a qualificare il motivo di ricorso, come elemento di identificazione di quest'ultimo, giacchè gli oggetti degli accertamenti pregiudiziali, per il loro stesso carattere di strumentalità, non paiono sufficienti a determinare nella sua individualità il ricorso stesso; e, ciò, del resto, risulta chiaramente dalla circostanza, per cui non si può stabilire, *a priori*, quali saranno tali oggetti, ma ciò è rilevabile, solo sulla base dell'*iter* effettivamente seguito dal giudice nel decidere la controversia sottoposta al suo esame<sup>(192)</sup>: infatti, se gli oggetti in parola incidessero sull'individuazione del processo, si dovrebbe arrivare alla conseguenza per cui questo è identificabile non già fin dal suo inizio, ma solo dopo la decisione giurisdizionale, e cioè dopo la sua fine.

→ Non occorre insistere, peraltro, su questo punto, giacchè appare evidente che quell'entità, la quale precisa il singolo processo, nella sua individualità, fin dall'inizio, può essere costituita solo dall'oggetto del giudizio: dal contenuto, cioè, dell'affermazione della parte, che, successivamente, diventa l'oggetto dell'accertamento giudiziale propriamente detto, e che, alla fine, determina i limiti oggettivi del giudicato.

Da ciò deriva che, in tanto il motivo di ricorso può identificare il ricorso stesso, in quanto esso sia, in qualche modo, connesso con l'oggetto del giudizio del corrispondente processo.

Il riconoscimento della funzione di identificazione del ricorso, che si deve attribuire al motivo di ricorso, costituisce la base, perciò, di quell'argomentazione logica, con la quale si può confermare ciò che si poteva intuire fin dall'inizio di ogni approfondimento del tema in esame: e cioè la sussistenza della connessione indicata.

Si è già rilevato, comunque, che questa connessione non

(192) Cfr., *supra*, pag. 36.

può essere delineata nel modo più semplice, e, cioè, risolvendola in una pura e semplice relazione di identità; rimane ancora da chiarire, perciò, con quali caratteri essa si atteggi.

Sembra che si possa spiegare il fenomeno, per cui il motivo di ricorso, ossia, il vizio dell'atto, pur non facendo direttamente parte dell'oggetto del giudizio, sia con questo collegato, solo attribuendo al motivo stesso, la funzione di integrare, di precisare tale oggetto; in altri termini, pare, seguendo l'ordine di idee tratteggiato, che l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo sia costituito non già dall'illegittimità dell'atto impugnato, *sic et simpliciter*, ma, bensì, dall'illegittimità di tale atto, in relazione al vizio denunciato.

Forse, la distinzione risulta più chiara, se si chiariscono i suoi riflessi, in ordine alla proposizione, nella quale può strutturarsi l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo; si può osservare, allora, che se il motivo di ricorso non identificasse il ricorso stesso, tale oggetto si risolverebbe nella proposizione: l'atto impugnato è illegittimo; è questo quel che il ricorrente affermerebbe, è questo quel che il giudice accerterebbe, è questo quel che passerebbe in giudicato (è evidente, che la circostanza per cui il giudice potrebbe anche accertare, viceversa, che l'atto è legittimo, e, che in questo caso, sarebbe tale accertamento che acquisterebbe autorità di cosa giudicata, non sposta la validità dello schema d'ipotesi che si è indicato).

— Viceversa, se il motivo di ricorso, come si è notato, identifica il ricorso stesso, quel che il ricorrente afferma è: l'atto impugnato è illegittimo, perchè affetto dal vizio che si denuncia; questo è quel che il giudice accerta; e, corrispondentemente, secondo il risultato di tale valutazione, quel che passa in giudicato è l'accertamento della legittimità, o dell'illegittimità, in relazione a quel vizio dell'atto stesso.

La portata pratica della distinzione, può essere rilevata soprattutto in un caso, in cui essa assume dimensioni maggiori; e tale caso è quello in cui il giudice amministrativo rigetta il ri-

corso, non ravvisando, nell'atto impugnato, il vizio denunciato dal ricorrente; se il motivo non identificasse il ricorso, il giudicato si formerebbe sulla legittimità dell'atto stesso, con la conseguenza, che questa non potrebbe più essere contestata; così, per esempio, sarebbe preclusa per l'Amministrazione la possibilità di esercitare il suo potere d'ufficio, annullando per illegittimità l'atto impugnato, per un vizio diverso da quello denunciato dal ricorrente. Poichè il motivo identifica il ricorso, invece, il giudicato si forma solo sulla legittimità dell'atto impugnato, in quanto questo è immune dal vizio dedotto, lasciando così integro, seguendo l'esempio di prima, il potere dell'Amministrazione di annullarlo d'ufficio, per un motivo diverso.

Occorre far rilevare, comunque, che la proposta precisazione dei contorni dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non si risolve, nel modo più assoluto, nell'identificazione dell'oggetto stesso col solo vizio da cui l'atto dovrebbe essere affetto: infatti, se l'oggetto del giudizio è costituito da quella situazione giuridica sostanziale, che costituisce il presupposto del provvedimento decisorio di merito, nel processo amministrativo, come si è rilevato, tale situazione è l'illegittimità, intesa come valutazione riferentesi all'intero atto impugnato, e non il singolo vizio, il quale è solo la causa di tale illegittimità; per questo, il singolo vizio non è mai autonomo oggetto dell'accertamento giurisdizionale propriamente detto, neppure se esso si rifletta sull'oggetto del giudizio nel modo che si è detto, ma è solo oggetto di un accertamento, che è predisposto unicamente al fine di accertare l'illegittimità dell'intero atto; ed è proprio per questa ragione che il motivo di ricorso, anche se è da ricollegarsi con l'oggetto del giudizio, è pur sempre oggetto di un accertamento, che, viceversa, ha carattere meramente pregiudiziale.

Dalle considerazioni che precedono, si possono far discendere, come corollari, le soluzioni di due questioni, le quali si riconnettono col tema trattato.

La prima di queste questioni, concerne la natura del vincolo del giudice, nell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, alla sola valutazione del vizio dedotto da ricorrente<sup>(193)</sup>; infatti, si può adesso affermare che il mutamento del motivo di ricorso, importa mutamento dei contorni dello stesso oggetto del giudizio. Ora, il processo amministrativo è un processo di parti, nel senso più pieno del termine<sup>(194)</sup>: un processo, cioè, in cui non solo la determinazione sull'insorgere della controversia, ma anche la precisazione dei limiti di questa, è rimessa esclusivamente, appunto, alle parti: se il giudice mutasse il motivo di ricorso, egli, in definitiva, verrebbe, viceversa, ad incidere su tale precisazione, il che contrasterebbe con l'accennato carattere del processo amministrativo<sup>(195)</sup>. E ove si consideri che il mutamento della norma, che si assume essere stata violata dall'Am-

(193) Già precedentemente, si era visto come le questioni che il giudice amministrativo può esaminare d'ufficio, attengono solo alla costituzione del rapporto processuale, e non al merito del giudizio, tranne qualche sporadica eccezione: v., *supra*, pag. 212, 213.

È da ricordare che il principio per cui il giudice amministrativo non può annullare l'atto impugnato, se non per vizi denunciati dal ricorrente, vale anche per il processo davanti alla Giunta provinciale amministrativa; v. in questo senso: V sez., 9 giugno 1950, n. 722, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1950, 610; IV sez., 10 ottobre 1950, n. 469, *ivi*, 1950, 257; V sez., 9 maggio 1951, n. 423, *ivi*, 1951, 541; V sez., 12 maggio 1951, n. 433, *ivi*, 1951, 545; V sez., 7 ottobre 1952, n. 1167, in *Foro amm.*, 1953, I, 2, 101; V sez., 14 gennaio 1953, n. 5, *ivi*, 1953, I, 2, 203.

Lo stesso principio è applicato anche al ricorso gerarchico; a questo proposito, la giurisprudenza nega che il superiore possa annullare su ricorso l'atto dell'inferiore, per motivi non dedotti dal ricorrente, ma ammette che possa farlo, usando del diverso potere di annullamento d'ufficio; v.: VI sez., 22 ottobre 1951, n. 499, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1951, 1274.

(194) Cfr., da ultimo, l'approfondita analisi del BENVENUTI, sul valore di questa espressione, nel processo amministrativo (*L'istruzione*, cit., pag. 36 ss.), il quale, peraltro, distingue dal potere formale, di costituzione del rapporto processuale, un potere sostanziale, di determinazione del relativo oggetto del giudizio.

(195) Da notare, come il principio per cui, in processi che non abbiano carattere inquisitorio, e che vertano sulla impugnazione di un atto, i motivi dedotti dal ricorrente, vincolino il giudice, abbia un campo di applicazione generale, anche a tipi di processo da poco previsti nel nostro ordinamento.

Così, per esempio, cfr. l'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale, secondo cui tale Corte può valutare la costituzionalità delle leggi impuginate, solo in relazione al vizio dedotto nel ricorso (v., tra le varie decisioni in questo senso:

ministrazione, comporta, come si è detto, il mutamento del motivo di ricorso, appare chiaro che, se, in base alle considerazioni adesso svolte, si deve affermare che il giudice amministrativo non può mutare il vizio dell'atto, dedotto dal ricorrente, si deve concludere per le stesse ragioni che tale giudice non può nemmeno mutare la norma indicata.

Nè si deve credere che questo fenomeno sia peculiare al processo amministrativo, perchè, anzi, esso è comune anche al processo civile; infatti, la singola disformità dalla norma, ossia il vizio dell'atto, costituisce la causa di quell'illegittimità dell'atto stesso, che è l'oggetto del giudizio; per tale ragione, esso deve essere valutato come il fatto giuridico da cui deriva la situazione giuridica sostanziale che il ricorrente fa valere in giudizio.

Ora, anche nel processo civile vige il principio per cui il giudice è vincolato nella cognizione della controversia, a quei fatti giuridici dedotti dalla parte, come i fatti da cui deriva la situazione giuridica fatta valere; ossia, secondo la comune impostazione, i fatti giuridici da cui deriva l'azione; e tale vincolo scaturisce, appunto, dalla circostanza, per cui il mutamento dei fatti giuridici dedotti importa mutamento dell'azione esercitata <sup>(196)</sup>, il quale, evidentemente, non può essere disposto d'ufficio

25 maggio 1947, n. 64, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1957, II, 179; id., n. 80, *ivi*, 1957, II, 185; 8 luglio 1957, *ivi*, 1957, II, 217).

Un analogo fenomeno sembra da ravvisarsi anche nel ricorso alla Corte di giustizia della Comunità del carbone e dell'acciaio, contro i provvedimenti delle autorità comunitarie, lesivi degli interessi dei singoli (v., per qualche riferimento: CASPARRI, *Sulla tutela dei privati contro i provvedimenti delle autorità comunitarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 38).

Per quel che riguarda l'impugnazione di negozi privati, davanti alla giurisdizione civile, la regola in esame non è altro che una specificazione di un principio assai più generale, per cui il giudice è vincolato ai « fatti » costitutivi dell'azione, dedotti dalla parte (v., per tutti: CIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 283 ss.); da notare, però, la significativa applicazione che di tale principio è stata fatta, a proposito della querela di falso: App. Bari, 12 gennaio 1940, in *Corte Bari*, 1940, 158.

<sup>(196)</sup> In questo senso, v., per tutti: CIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 283.

dal giudice; ed è in base a tale principio che se la parte chiede, per esempio, l'annullamento del contratto, deducendo un certo comportamento della controparte, affermando che esso viola l'articolo 1434 cod. civ., il giudice non può annullare il contratto, applicando allo stesso comportamento l'art. 1439: e ciò, perchè la parte ha dedotto un determinato vizio del contratto (violenza), ed ha esercitato la corrispondente azione; e se il giudice applicasse d'ufficio l'altra norma, egli muterebbe il fatto giuridico dedotto dalla parte, con un fatto giuridico diverso (dolo), mutando, in definitiva, l'azione esercitata <sup>(196-bis)</sup>.

In base alle considerazioni che precedono, risulta confermata, quindi, un'affermazione che si è già avanzata: e cioè che il vincolo del giudice amministrativo, nella valutazione della legittimità dell'atto impugnato, alla norma che il ricorrente ha assunto essere stata violata dall'Amministrazione, non è direttamente ricollegabile ad una limitazione dell'applicabilità al processo amministrativo del principio *iura novit curia*; se si impostasse il problema della natura di questo vincolo da tale punto di vista, si avrebbe una visione del fenomeno del tutto falsata, e, ad ogni modo, si scambierebbe per la causa di questo, quel che invece può essere considerato, tutt'al più, come un suo mero riflesso, del tutto secondario.

Il quadro che risulta da quanto sin qui detto, si manifesta perfettamente corrispondente, infine, con i caratteri che si sono attribuiti, nel processo amministrativo, a quella interferenza tra interessi pubblici e privati, che è da ravvisare in questo, come in ogni altro processo. Infatti, la generale validità del principio *iura novit curia*, discende dalla circostanza per cui, come si è visto <sup>(197)</sup> è interesse pubblico che le controversie tra le parti

<sup>(196-bis)</sup> In relazione allo specifico esempio, nel senso che il passaggio dall'una all'altra ipotesi di annullabilità del contratto per vizio del consenso, importa mutamento della domanda, v., da ultimo: App. Palermo, 31 ottobre 1957, in *Giur. it.*, 1958, I, 2, 84.

<sup>(197)</sup> Cfr., *supra*, pag. 112 e 254.

siano risolte in base alle norme del diritto sostanziale statuaria: è evidente, infatti, che se il giudice non potesse scegliere la norma che egli ritiene applicabile alla fattispecie, tale interesse non potrebbe essere soddisfatto interamente; e questo interesse appare di tanta portata, da rendere impossibile ogni diretta limitazione all'applicabilità, in ogni tipo di processo, del principio in esame. Ma, d'altra parte, non esiste un interesse pubblico alla determinazione dei limiti della controversia sorta tra le parti, contro la volontà delle parti stesse: e ciò spiega in quali casi il giudice sia vincolato alle deduzioni di queste.

La seconda questione, invece, attiene al fondamento della inammissibilità di quei motivi, che siano stati precisati insufficientemente nell'atto introduttivo del ricorso; come è noto, infatti, la giurisprudenza è nettamente orientata nel caso di ritenere che la genericità del motivo, si risolva in una incertezza sull'oggetto del giudizio; e poichè la legge dispone espressamente<sup>(198)</sup> che la mancanza di una delle indicazioni che debbano essere contenute nell'atto introduttivo del giudizio, se si risolve nella incertezza di tale oggetto, produce la nullità del ricorso, la conclusione cui perviene l'orientamento giurisprudenziale, è, appunto, in questo senso<sup>(199)</sup>.

Viceversa, tale tendenza è stata criticata in dottrina, osservando che la genericità del motivo comporta solamente la irri-

(198) Art. 17, n. 2, Regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato; art. 19, n. 2, Regolamento per la procedura davanti alla Giunta provinciale amministrativa.

(199) In questo senso, v.: IV sez., 21 maggio 1949, n. 188, in *Foro amm.*, 1949, I, 1, 345; IV sez., 3 marzo 1950, n. 122, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1950, 66; VI sez., 13 novembre 1951, n. 567, *ivi*, 1951, 1444; VI sez., 23 dicembre 1952, n. 1029, in *Foro amm.*, 1953, I, 3, 303; si deve avvertire che, nella maggior parte dei casi, la parte più interessante della motivazione non è rilevabile dalla sola massima che è pubblicata, la quale, così, rimane insignificante sotto il profilo che qui interessa.

Da notare, che anche nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, si è ritenuto che la incertezza dei motivi di impugnativa si traduca nella incertezza dell'oggetto del giudizio: Corte Cost., ord. 25 maggio 1957, n. 116, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1957, II, 184.

cevitabilità di questo, e non la invalidità dell'intero ricorso; irricevibilità, comunque, la quale è dettata, non perchè, in tal caso, si avrebbe incertezza sull'oggetto del giudizio, ma perchè, non essendo precisate le argomentazioni del ricorrente, non sarebbe possibile, per il resistente, di svolgere la propria difesa, violando, così, il principio del contraddittorio<sup>(200)</sup>.

Una valutazione critica approfondita di questa tesi, prospetta un problema della massima delicatezza; quello, cioè, concernente i rapporti tra il ricorso, inteso in senso, per così dire, sostanziale, e ricorso, inteso in senso meramente formale: tale problema, evidentemente, non può essere trattato in questa sede, perchè esulerebbe eccessivamente dai limiti del presente lavoro.

Ad ogni<sup>MALLO</sup> si può osservare come, su un piano sostanziale, ricorso e motivo non possono essere valutati distintamente: in tanto esiste un ricorso, in quanto sussiste un motivo, e in tanto esiste un motivo, in quanto esiste un ricorso; anzi, il principio per cui il motivo identifica il ricorso, sta proprio a significare che contro uno stesso atto, sono proposti tanti ricorsi, quanti sono i vizi dell'atto stesso che vengono denunciati. Se un fenomeno del genere si riflettesse anche sul piano formale, si dovrebbe dire che l'atto introduttivo del giudizio, anche se, apparentemente, si presenta con un profilo unitario, in realtà esso è, sostanzialmente, scindibile, in relazione alla pluralità dei motivi dedotti: ed un ragionamento del genere, evidentemente, cancellerebbe la distinzione tra invalidità dell'intero atto di ricorso, e irricevibilità del singolo motivo.

Ma anche tralasciando questo ordine di considerazioni, che ci porterebbe troppo lontano, si può osservare come il delineato collegamento tra motivo di ricorso, e oggetto del giudizio, comporta che la genericità dell'uno si traduca nella incertezza dell'altro; e ciò sembra sufficiente a ritenere fondato l'orientamento giurisprudenziale.

(200) DE VALLES, *Specificazione dei motivi nel ricorso giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1943, III, 67 ss.

28. Non si può ritenere conclusa una indagine sull'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in ogni processo, e, quindi, anche nel processo amministrativo, senza una valutazione della incidenza delle soluzioni accolte sulla determinazione dei limiti obbiettivi del giudicato.

All'inizio di questa parte del presente lavoro, si è rilevato come anche nel processo amministrativo sussiste quella diversità di disciplina dell'accertamento giudiziale propriamente detto, vertente, cioè, sull'oggetto del giudizio, rispetto a quegli accertamenti che hanno solo carattere pregiudiziale; uno dei due profili sotto i quali è percepibile questa diversità, e, senz'altro, il più importante, è quello che si riferisce alla cosa giudicata: solo l'accertamento vertente sull'oggetto del giudizio acquista, infatti, forza di cosa giudicata, a differenza, invece, degli accertamenti meramente pregiudiziali.

Dal momento che, anche nel processo amministrativo, i limiti oggettivi del giudicato sono determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio, ecco che anche in tale processo, si riproduce quella relazione, per cui oggetto del giudicato, e oggetto degli accertamenti pregiudiziali, sono entità che si contrappongono, escludendosi a vicenda, talchè non si può delimitare i contorni dell'uno, senza, allo stesso tempo, tratteggiare i lineamenti anche dell'altro.

Ma prima ancora di esaminare quali sono i riflessi sul problema della cosa giudicata, dei limiti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, sembra opportuno inquadrare brevemente la materia, con riferimenti allo stato della dottrina su di essa.

Come è ben noto, il tema si presenta come estremamente dibattuto, ed anzi, la discordanza delle opinioni che sono sostenute in proposito, costituisce uno dei riflessi, e non degli ultimi, della incertezza che concerne i caratteri della stessa giurisdizione amministrativa.

È noto che il profilo di questa, su cui maggiormente si di-

scute, è quello della sua natura, più o meno accentuatamente soggettiva od oggettiva, intendo fare riferimento, con ciò, al grave problema della individuazione della rilevanza che assume l'interesse privato, nell'esplicarsi della giurisdizione stessa. Le varie alternative che sono sostenute in proposito, si riflettono puntualmente anche sulle soluzioni del problema dei limiti obbiettivi del giudicato: è evidente, infatti, che una concezione, orientata nel senso di valutare la giurisdizione amministrativa, come una giurisdizione posta esclusivamente, o prevalentemente, nell'interesse del privato, non può non limitare l'ambito della decisione, e, quindi, del giudicato, a quei soli aspetti del comportamento dell'Amministrazione che incidono sull'interesse stesso; al contrario, chi vede nella giurisdizione amministrativa, soprattutto, il carattere per cui essa si esplica per un interesse obbiettivo, o, per lo meno, generale, come quello alla legittimità dell'attività amministrativa, non può che allargare, conseguentemente, i ristretti limiti del giudicato, che derivano dal primo orientamento indicato<sup>(201)</sup>.

Ad ogni modo, prescindendo da ogni considerazione relativa a collegamenti tra il tema che qui interessa, con problemi di più ampia portata, si può osservare come, in effetti, in dottrina sia stata sostenuta tutta una serie di opinioni, le quali sembrano abbracciare l'intera gamma di soluzioni, dalla più restrittiva a quella più estensiva, del problema dei limiti del giudicato amministrativo.

Così, per esempio, ad uno degli estremi si ritrova la tesi, secondo la quale i limiti di tale giudicato, sarebbero rigidamente contrassegnati dal rapporto dedotto in giudizio, e dalle parti del giudizio stesso: e ciò, in omaggio ad una affermata applicabilità

(201) Cfr. le considerazioni che già si è avuto occasione di svolgere in proposito, in nostre: *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pag. 951 ss.

al processo amministrativo, di principi aventi tale contenuto, i quali, si sostiene, varrebbero per il processo civile <sup>(202)</sup>.

Per contro, all'altro estremo si pone la tesi, secondo la quale il giudicato amministrativo non riguarderebbe solo l'atto amministrativo dedotto in giudizio, ma vincolerebbe il comportamento dell'Amministrazione, addirittura nei confronti di ogni altra fattispecie, analoga a quella decisa, che si presentasse in futuro <sup>(203)</sup>, attribuendo così, alla funzione giurisdizionale amministrativa, un carattere quasi legislativo <sup>(204)</sup>.

In ambedue i casi, si tratta di opinioni estreme, entrambe inaccettabili, una delle quali risalente ad epoca ormai lontana, e spiegabile solo in riferimento alla totale incertezza che allora gravava su ogni aspetto della giurisdizione amministrativa.

Tali tesi si sono riportate non certo per fare solo dei riferimenti, ormai poco più che di portata storica, e di nessuna utilità, quanto per indicare come già da molto tempo il problema

<sup>(202)</sup> In questo senso, v., soprattutto: RAGGI, *Appunti sulla cosa giudicata derivante dalle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Foro it.*, 1934, III, 221 ss., e *I limiti soggettivi dell'efficacia di cosa giudicata delle decisioni delle giurisdizioni amministrative*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1948, 1° quadr., 420; per quel che riguarda l'inesattezza della attribuzione al giudicato delle giurisdizioni civili, in alcuni casi, dei ristretti limiti affermati, v. *infra*, nel testo, e la nota 209.

<sup>(203)</sup> In questo senso, si è pronunciata la decisione della IV sez., 5 maggio 1911, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, 534; è appena il caso di osservare come attualmente la giurisprudenza sia pacificamente orientata nel senso opposto; l'unico temperamento che è apportato al principio per cui il giudicato si riferisce solo al singolo atto amministrativo la cui legittimità ha costituito l'oggetto del giudizio, è quello per cui se l'Amministrazione ha applicato la decisione anche ad estranei al giudizio, non può rifiutarsi di estendere gli effetti della decisione medesima anche a tutti gli altri soggetti, che si trovano nella identica situazione di tali estranei, senza concretare una disparità di trattamento; v., da ultimo: V sez., 26 aprile 1958, n. 265, in *Foro it.*, 1958, III, 169.

<sup>(204)</sup> Proprio sulla base dell'attribuzione di questo carattere alla giurisdizione amministrativa, attribuzione che conseguirebbe necessariamente all'orientamento affermato dalla decisione citata nella nota che precede, si è sviluppata la critica di CAMMEO, a tale orientamento stesso: *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa nei casi simili*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, 537 ss.; cfr. anche, nello stesso senso, i rilievi di CELASCO, *Sui limiti della regiudicata nelle decisioni delle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, pag. 220.

dei limiti del giudicato amministrativo venisse trattato sulla base di alcune costanti fisse.

La prima di queste è quella relativa alla assoluta commistione tra l'aspetto soggettivo e quello oggettivo di tali limiti, ed essa è alla base anche della dottrina più recente.

È noto, infatti, come questa, abbandonate estreme impostazioni dottrinali, e dimenticata l'affermazione giurisprudenziale sopra riportata, la quale ha ormai assunto il sapore di una curiosità giuridica, si è orientata, prevalentemente, verso una soluzione intermedia del problema dei limiti soggettivi del giudicato amministrativo, la quale, evidentemente, è ancorata alla soluzione del problema dei limiti oggettivi del giudicato stesso.

Il presupposto dell'orientamento attualmente dominante, infatti, è la considerazione per cui la pronuncia di annullamento di un atto giuridico, per la sua stessa natura, è una decisione la quale non può non avere una rilevanza *erga omnes*; infatti, se come effetto di questa, un atto viene cancellato dal mondo giuridico, non si può dire che solo i soggetti che erano parti nel giudizio sono toccati dalla pronuncia stessa: un atto esiste o non esiste, ma non si può dire che esista per alcuni soggetti, e non esista per altri <sup>(205)</sup>, a meno di non far ricorso alla nozione di inopponibilità, la cui applicabilità all'ipotesi in esame pare, per lo meno, assai problematica.

Siamo in presenza, qui, di quel fenomeno, che già notava il D'ALESSIO, osservando che l'annullamento dell'atto « ... è prima ancora che un fatto giuridico, un fatto materiale. Ed il fatto è che dopo la decisione di annullamento, l'atto impugnato non esiste più » <sup>(206)</sup>; è evidente che, posta in questi termini, la proposizione appare sotto qualche profilo come inesatta, ma questo nulla toglie, sembra, alla sua intrinseca fondatezza, e alla espressività dell'immagine di un fenomeno, il quale, prima ancora

<sup>(205)</sup> Cfr.: CELASCO, *Sui limiti della regiudicata*, etc., cit., in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 221 ss.

<sup>(206)</sup> *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 634.

che meramente processuale, ha carattere nettamente sostanziale; e l'impostazione riportata, è stata poi ripresa successivamente anche nella dottrina più recente<sup>(207)</sup>, anche se, naturalmente, non sono mancate, specie in precedenza, le opinioni discordanti<sup>(208)</sup>.

In realtà, non pare che ogni teoria relativa al problema dei limiti soggettivi del giudicato, possa prescindere dai lineamenti sopra indicati del fenomeno dell'annullamento; e tali caratteri sembrano così connaturati con esso, che si può seriamente dubitare che questo fenomeno si presenti diversamente nello stesso processo civile, il quale, pure, è dominato dal principio della limitazione dell'efficacia del giudicato alle sole parti del giudizio<sup>(209)</sup>.

Impostato in tal modo il problema dei limiti soggettivi, è evidente come esso, in buona sostanza, è stato ricondotto nell'ambito di quello dei limiti oggettivi; e quest'ultimo problema, a sua volta, è stato avviato a soluzione, sulla base di una analisi della estensione che assume l'annullamento del giudice amministrativo.

Le questioni al riguardo sorgono, quando l'atto amministrativo impugnato, pur presentandosi come formalmente unitario, non incide sulla sfera giuridica del solo ricorrente, ma si riflette anche su situazioni giuridiche soggettive (interessi legittimi), di terzi estranei al giudizio; ed è in questa ipotesi che la considerazione, di per sé ovvia, che l'annullamento pronunciato dal giudice amministrativo concerne l'atto impugnato, manifesta tutta

<sup>(207)</sup> Cfr. nello stesso senso, tra gli altri: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 287 e 335; ALESSI, *Osservazioni intorno ai limiti soggettivi di efficacia del giudicato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pag. 59.

<sup>(208)</sup> Cfr., appunto, il già citato scritto di RAGGI, *Appunti sulla cosa giudicata*, etc., in *Foro it.*, 1934, III, 222.

<sup>(209)</sup> Cfr. il rilievo in proposito che già svolgeva il CAMMEO nel citato scritto del 1911 (*Pretesa efficacia vincolante*, etc., in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, pag. 539); l'illustre autore, peraltro, faceva riferimento alla efficacia *erga omnes* delle sentenze dell'Autorità giudiziaria ordinaria in materia di questioni di stato.

la sua insufficienza: più precisamente, si avverte l'esigenza, in tal caso, di una più esatta individuazione dell'atto stesso.

È seguendo tale ordine di idee, che si è distinto, tra quegli atti, interessanti una pluralità di soggetti, nei quali la unitarietà formale, rispecchia un analogo fenomeno sostanziale, e quegli altri atti, i quali, in realtà, risultano della somma di più atti individuali: si è profilata, così, quella distinzione, a tutti nota, tra atti sostanzialmente inscindibili, e atti sostanzialmente scindibili, ormai generalmente accettata nella nostra letteratura giuridica, seppure, talvolta, la terminologia adottata al riguardo non è uniforme<sup>(210)</sup>.

Sviluppando le considerazioni che precedono, si ha che, quando un atto, apparentemente unitario, incide nella sfera giuridica di più soggetti, il suo annullamento ripristina gli interessi lesi anche di chi non ha partecipato al giudizio, nel solo caso, in cui l'atto stesso sia sostanzialmente inscindibile: si tratta della soluzione adottata al riguardo dalla dottrina dominante, e dalla giurisprudenza<sup>(211)</sup>, e che sembra ricalcare una opinione ormai dimenticata, che manifestò a suo tempo MORTARA, sia pure impostando quella distinzione tra atti scindibili e inscindibili, di recente acquisizione, in termini diversi, ovviamente, di quelli oggi accettati<sup>(212)</sup>. In definitiva, sembra che il processo amministrativo costituisca il campo, dove più fruttuosa appare l'applicazione della nota tesi che l'ALLORIO ha sostenuto per il processo

<sup>(210)</sup> Cfr. su tale distinzione, soprattutto: GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 19; SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, *ivi*, 1954, IV, 220; però, mentre il primo fa riflettere la diversità di natura degli atti scindibili e inscindibili, in una differenza di terminologia, definendo gli uni, atti plurimi, e gli altri, atti generali, il secondo considera ambedue queste categorie di atti, come specificazioni del *genus* atti generali.

<sup>(211)</sup> Tra le numerose decisioni giurisprudenziali in questo senso, v. per tutte: V sez., 25 febbraio 1956, n. 140, in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 365, con osservazioni di *l. gal.*; v., *ivi*, ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza; da ultimo, v. anche: V sez., 26 aprile 1958, n. 265, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1958, I, 453.

<sup>(212)</sup> *Commentario*, cit., vol. I, pag. 434.

civile, secondo la quale, appunto, il problema dei limiti soggettivi del giudicato deve essere risolto in quello dei limiti oggettivi<sup>(213)</sup>; e ciò sembra dipendere, in larga misura, anche dal carattere obbiettivo che si deve attribuire alla situazione giuridica sostanziale, che, nel processo amministrativo, costituisce l'oggetto del giudizio.

Questo panorama, peraltro a tutti noto, e, comunque, sinteticamente delineato, dello stato della dottrina sul problema, in genere, del giudicato nel processo amministrativo, nella sua inevitabile accentuazione del profilo soggettivo, sembra averci portato lontano dal nostro tema; ma così non è, in quanto solo sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, è possibile individuare una seconda costante nelle varie teorie sostenute, la quale è di grande rilevanza per l'argomento che ci interessa, tanto che tali considerazioni, sotto questo profilo, appaiono come il necessario presupposto di ogni ulteriore approfondimento in proposito.

La costante cui si è accennato, è quella per cui il problema del giudicato nel processo amministrativo, è comunemente esaminato, sotto il profilo della estensione che assume l'annullamento operato con la pronuncia giurisdizionale; da questo punto di vista, anzi, sembra che gli aspetti comunemente considerati non esauriscano il tema, giacchè l'indagine dovrebbe essere completata, con la valutazione dell'ipotesi in cui l'annullamento non colpisca l'intero atto, ma solo parte di esso (c.d. annullamento parziale): ipotesi degna del massimo interesse, anche per le sue implicazioni di teoria generale, e che non sembra sia stata sufficientemente analizzata fino ad ora<sup>(214)</sup>.

D'altra parte, il collegamento tra i limiti obbiettivi del giudi-

<sup>(213)</sup> *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pag. 67 ss.

<sup>(214)</sup> L'unica indagine di rilievo sull'argomento, rimane sempre il non più recente scritto di CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi, e la giurisdizione di annullamento*, in *Giur. it.*, 1911, III, 23 ss.; cfr. anche: FORTI, *In tema di falso e di nullità parziale negli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1934, I, 793 ss.

cato, e l'estensione dell'annullamento, pare piuttosto discutibile: di per sè, infatti, l'annullamento è l'effetto della sentenza, e, come ognuno sa, dopo l'indagine del LIEBMAN, efficacia della sentenza, ed autorità di giudicato, sono due cose ben diverse.

A dire il vero, una interferenza dell'una con l'altra è possibile individuarla, in riferimento alle soluzioni che si possono dare al problema della natura stessa del giudicato.

Il tema è stato brevemente richiamato nella prima parte del presente lavoro, e, allora, si osservò come, da un lato, ancor oggi parte della dottrina è fedele alla impostazione tradizionale, secondo la quale il giudicato non sarebbe altro che una particolare efficacia, che si riferirebbe all'accertamento contenuto nel provvedimento giurisdizionale, rendendolo successivamente incontestabile<sup>(215)</sup>; è evidente come, secondo questa teoria, nessun collegamento diretto è possibile delineare, tra efficacia di cosa giudicata, ed effetto costitutivo della sentenza; da ciò deriva che l'orientamento seguito dalla dottrina, nel valutare il problema del giudicato nel processo amministrativo, è inesatto.

Peraltro, accanto alla teoria tradizionale di cui si è detto, si è manifestata una tendenza più recente, cui si è accennato precedentemente<sup>(216)</sup>, secondo la quale la cosa giudicata sarebbe un modo di essere degli effetti della sentenza, rendendo questi imm modificabili; se si accoglie questa seconda tendenza, è evidente come, nel caso del processo costitutivo che ci interessa, sia esatto ricollegare la cosa giudicata all'annullamento che deriva dalla decisione giurisdizionale amministrativa, perchè, effettivamente, la cosa giudicata si dovrebbe risolvere nella immutabilità dell'annullamento stesso; sulla base dello stesso orientamento andrebbe considerata anche l'ipotesi in cui il ricorso è rigettato.

La dottrina del processo civile, come si è detto, è attualmente divisa tra queste due opposte concezioni della natura del

<sup>(215)</sup> Cfr., *supra*, pag. 157, 158.

<sup>(216)</sup> Cfr., *supra*, pag. 159 ss.

giudicato <sup>(217)</sup>; e, in realtà, la stessa alternativa di soluzioni del problema relativo, può essere delineata anche nel processo amministrativo, stante il carattere generale dell'impostazione di tale problema.

Si impone, perciò, una scelta; la dottrina amministrativistica, in cui è possibile individuare quella seconda costante cui si è accennato, sembrerebbe orientata verso l'accoglimento della teoria più recente, discostandosi, così, dalla tendenza tradizionale. Dubitiamo seriamente, però, che si possa attribuire allo stato attuale di tale dottrina, il valore di una scelta, almeno consapevole, tra le due alternative tratteggiate, perchè il problema, nei suoi termini così generali, non risulta mai essere stato preso in esame, in relazione al processo amministrativo.

Manca, infatti, un approfondimento specifico del problema della natura della cosa giudicata, il quale sia dovuto ad un amministrativista; e, a parte questo, manca anche un approfondimento, dovuto ad un amministrativista, di quei problemi, i quali possono fornire la chiave per la soluzione di questo: primo tra tutti, quello concernente i caratteri e la struttura del provvedimento giurisdizionale <sup>(218)</sup>.

D'altra parte, la circostanza per cui la dottrina del processo amministrativo non ha risentito neppure gli echi della principale disputa che divide attualmente la dottrina del processo civile, in relazione al problema della natura della cosa giudicata, deve anche essere valutata con riferimento alle esigenze di dogmatica del processo amministrativo, che sono state finora avvertite in modo più sensibile; e, al riguardo, si può osservare che se, da un lato, l'esigenza di precisare i limiti dell'annullamento effettuato dal Consiglio di Stato, è stata sempre acutamente percepita, per le ragioni sopra esposte, non altrettanto si può dire per quel che riguarda l'esigenza di determinare i contorni dell'ac-

<sup>(217)</sup> Cfr., *supra*, pag. 157 ss.

<sup>(218)</sup> Per la connessione tra il problema della natura del giudicato, e quello della natura del provvedimento giurisdizionale, cfr., *supra*, pag. 158.

certamento che è compiuto dallo stesso organo. In tal modo, è evidente che sono venuti a mancare, per così dire, gli stessi termini di paragone, sulla cui base poter effettuare una valutazione comparativa delle due teorie, imperniate l'una, sul carattere di accertamento della sentenza, e l'altra sul carattere costitutivo (o imperativo), della sentenza stessa, e di considerare anche gli effetti conseguenti per la sistemazione dei lineamenti generali del processo che qui interessa, dall'accoglimento dell'una o dell'altra.

D'altra parte, una volta indicate le due principali alternative di soluzione, che il problema della natura del giudicato presenta, può essere tralasciato ogni approfondimento sul tema: infatti, come già si è rilevato a proposito dello stesso problema, in riferimento al processo civile <sup>(219)</sup>, in un lavoro dedicato all'argomento della pregiudiziale, non importa prendere posizione sulla natura del giudicato, ma è necessario esaminare le incidenze che i limiti obbiettivi di questo possono manifestare sul tema che interessa.

Già allora <sup>(220)</sup>, si è rilevato come, nell'ipotesi in cui si accogliesse la teoria, secondo la quale la cosa giudicata dovrebbe essere svincolata dall'accertamento, nessuna incidenza del genere potrebbe essere ravvisata: in tal caso, infatti, la cosa giudicata riguarda la sentenza, come atto avente autonomi effetti, e, come tale, non può interferire in alcun modo sugli accertamenti compiuti dal giudice in via meramente pregiudiziale, giacchè questi si muovono su un piano, quale è quello dell'accertamento, che non può avere nessun punto di contatto con quello degli effetti propri del provvedimento giurisdizionale.

Diversamente, invece, nell'ipotesi in cui si accolga l'orientamento tradizionale: se si ricollega la cosa giudicata all'accertamento, si delinea il rapporto tra limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, e limiti obbiettivi

<sup>(219)</sup> Cfr., *supra*, pag. 160 ss.

<sup>(220)</sup> Cfr., *supra*, pag. 161.

del giudicato, e ciò, sulla base della relazione prima tratteggiata: nel senso, cioè, che gli accertamenti meramente pregiudiziali non possono, per la loro stessa natura, passare in giudicato. Ecco, dunque, sorgere il problema di una precisazione dei limiti oggettivi del giudicato, in modo puntualmente corrispondente ai limiti della pregiudizialità.

Per completare l'indagine sui limiti dell'ambito della pregiudizialità nel processo amministrativo, valutando, sotto questo profilo, anche i limiti obbiettivi del giudicato, ci si deve basare, perciò, su quella teoria che ammette l'interferenza tra gli uni e gli altri; dallo sviluppo del ragionamento, risulta chiaro, allora, come l'impostazione che è qui seguita non vuole affatto significare adesione alla teoria tradizionale sulla natura del giudicato, ma, al contrario, acquista il solo valore di una ipotesi di lavoro: della sola ipotesi di lavoro, del resto, alla cui luce, per le ragioni prima esposte, abbia un senso proseguire l'indagine, in relazione al tema della pregiudizialità.

Come già si è accennato nella prima parte del presente lavoro<sup>(221)</sup>, in tanto si può ricollegare l'efficacia di giudicato, che si riconnette alla sentenza, ad un accertamento, in quanto si ravvisi in questa, un momento avente, appunto, tale carattere: sotto questo profilo, la tendenza più recente, volta a svincolare la cosa giudicata dall'accertamento, appare intimamente collegata con l'orientamento, che si manifesta ogni giorno più accentuatamente, di una svalutazione dell'importanza, e, addirittura, talvolta, di una negazione della stessa esistenza, del momento dell'accertamento, nel quadro degli elementi della sentenza.

Ad ogni modo, per le stesse esigenze di ipotesi di lavoro che si sono indicate, si parte dal presupposto che tale momento si possa individuare nella decisione del giudice amministrativo.

Seguendo questo ordine di idee, si può osservare come un accertamento possa e debba essere individuato anche nella deci-

(221) Cfr., *supra*, pag. 161.

sione del Consiglio di Stato, con la quale si pronuncia l'annullamento dell'atto impugnato; e, in tal caso, l'accertamento verte, ovviamente, sulla illegittimità dell'atto stesso; solo, è proprio questa l'ipotesi in cui esaminare il problema del giudicato in relazione all'accertamento contenuto nelle pronunce del giudice amministrativo risponde ad una esigenza che è meno sentita: alla dichiarazione di illegittimità dell'atto, infatti, si aggiunge, e, per così dire, si sovrappone, l'annullamento di questo, la sua cancellazione dal mondo giuridico; e questo effetto che deriva dalla decisione del giudice amministrativo è di tale portata, da rendere quasi sempre praticamente irrilevante esaminare l'efficacia della dichiarazione di illegittimità dell'atto, che, implicitamente o esplicitamente, è contenuta nella decisione medesima.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo respinge il ricorso, per motivi attinenti al merito di esso. Se si individua in ogni decisione giurisdizionale un momento che non si risolve nel mero accertamento, e si ricollega a questo momento la particolare efficacia di cosa giudicata, non vi è dubbio che anche nell'ipotesi di decisione di rigetto del ricorso, il problema del giudicato vada impostato in relazione al carattere che assume, sotto questo profilo, quell'elemento della decisione stessa, che non è di mero accertamento. Non vi è parimenti dubbio, però, che, in tal caso, questo elemento non assorbe, di per sé, l'altro elemento, logicamente antecedente, e cioè quello dell'accertamento della legittimità dell'atto impugnato (s'intende, in relazione al vizio dedotto dal ricorrente).

Ecco, dunque, che nell'ipotesi della decisione di rigetto può essere impostato il problema del giudicato, in relazione all'accertamento, non solo per esigenze di carattere dogmatico, ma anche perchè un orientamento del genere trova un buon fondamento nell'aderenza agli aspetti salienti, almeno apparentemente, del fenomeno.

È proprio con riferimento a tale ipotesi, infatti, che si sente il bisogno di chiarire la portata e i limiti dell'accertamento con-

tenuto nella decisione del giudice amministrativo, il quale, secondo la tradizionale tendenza, sarebbe suscettibile di passare in giudicato; e i casi in cui può sorgere la questione del valore dell'accertamento della legittimità dell'atto impugnato, in relazione ai vizi dedotti, contenuto nella decisione del Consiglio di Stato, che rigetta nel merito il ricorso, possono essere, come è noto, ridotti a tre:

a) caso di un successivo giudizio davanti allo stesso giudice amministrativo, nel quale assuma rilevanza la questione della legittimità dell'atto, la quale ha costituito oggetto del precedente giudizio; e ciò può avvenire nei rari esempi che si possono portare, in cui successivamente alla prima decisione, lo scadere del termine di decadenza non abbia impedito la proposizione di un nuovo ricorso contro lo stesso atto<sup>(222)</sup>; oppure, quando dalla soluzione della questione di legittimità dell'atto, decisa col precedente giudizio, dipenda la soluzione della questione di legittimità di altro atto, che costituisce l'oggetto del nuovo giudizio<sup>(223)</sup>;

<sup>(222)</sup> La cosa, naturalmente, sarà possibile solo in materia di pretese patrimoniali derivanti dal rapporto di pubblico impiego, quando l'atto impugnato non abbia carattere autoritativo. Sulla proponibilità, in genere, di un nuovo ricorso, quando i termini di decadenza non sono scaduti, v., la già citata decisione della Adunanza plenaria, 26 ottobre 1953, n. 4, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, 486, la quale, nella ampia motivazione, nega che si possa applicare al processo amministrativo l'art. 387 cod. proc. civ., il quale esclude la possibilità della duplicazione dei ricorsi; è da osservare, però, come la fattispecie in esame differisca profondamente da quella regolata da tale norma; nel nostro caso, infatti, non si tratta di riproporre un ricorso, già precedentemente dichiarato inammissibile, bensì di impugnare l'atto, contro il quale era stato già presentato precedente ricorso, che era stato respinto nel merito; il problema della proponibilità del nuovo ricorso, perciò, deve essere risolto alla luce dei principi che regolano la cosa giudicata, e non di quelli della preclusione discendente da una pronuncia avente per oggetto una questione meramente processuale; e, a rigore, nessun ostacolo dovrebbe rinvenirsi, ove il secondo ricorso fosse basato su motivi diversi da quelli del primo, giacché, come si vedrà, il giudicato sulla legittimità dell'atto impugnato, che si forma sulla decisione che rigetta il ricorso nel merito, è limitato in relazione ai vizi dell'atto dedotti dal ricorrente, e esaminati dal giudice.

<sup>(223)</sup> Il problema sarà esaminato più in dettaglio, successivamente, quando si dirà delle questioni pregiudiziali, che insorgono in un processo amministrativo,

b) caso di un successivo giudizio davanti organi giurisdizionali diversi; l'ipotesi del genere che si verifica più frequentemente, è quella in cui il successivo giudizio è celebrato davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria; la portata dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo, si traduce in una limitazione del potere di tale autorità, di disapplicare, perchè illegittimo, l'atto amministrativo, dichiarato, invece, legittimo, dal Consiglio di Stato<sup>(224)</sup>;

c) caso in cui in cui la legittimità dell'atto impugnato, accertata dal Consiglio di Stato, o la illegittimità di questo, da tale giudice esclusa, costituisca il presupposto di un successivo atto di amministrazione attiva; esempio tipico: dell'atto di annullamento d'ufficio per motivi di legittimità<sup>(225)</sup>.

Ricollegando l'efficacia di giudicato all'accertamento contenuto nella decisione giurisdizionale, per le ragioni più volte esposte, non vi è dubbio che l'accertamento che passa in giudicato, è quello relativo all'oggetto del giudizio: l'accertamento cioè, nell'ipotesi in esame, concernente la legittimità dell'atto impugnato; e, in base al principio della unità della giurisdizione, una volta che si attribuisce, ormai pacificamente, l'efficacia di cosa giudicata anche alle decisioni del giudice amministrativo, risulta evidente che, nel caso in cui il Consiglio di Stato rigetti il ricorso nel merito, l'accertamento della legittimità dell'atto è vincolante non solo per la successiva attività

le quali, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadrebbero nella giurisdizione dello stesso giudice amministrativo.

<sup>(224)</sup> Cfr., sull'argomento: CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950, pag. 151, 152; sul tema specifico, del potere di disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo illegittimo, v., di recente, lo studio di FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 337 ss.

<sup>(225)</sup> Cfr., in argomento, CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, pag. 186, che però limita l'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo; per una impostazione spiccatamente privatistica del problema dei rapporti tra il giudicato amministrativo e il potere di annullamento d'ufficio della pubblica Amministrazione, v.: LESSONA, *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro it.*, 1949, III, 172 ss.

dell'Amministrazione, la quale, oltretutto, era parte nel processo, ma anche in successivi giudizi, pure se questi si svolgono di fronte a diversi organi giurisdizionali.

Piuttosto, sulla base della rigorosa corrispondenza che si deve delineare in ogni caso, tra i limiti oggettivi del giudicato, e l'oggetto del giudizio, la precisazione che si è operata di tale oggetto, si riflette, come già si era anticipato, su questi limiti stessi; infatti, l'oggetto del giudizio non è costituito dalla mera questione di legittimità dell'atto, intesa in senso generico, ma, al contrario, questa è determinata specificamente, in relazione al vizio dell'atto stesso dedotto dal ricorrente. In corrispondenza di ciò, quel che passa in giudicato è l'accertamento della legittimità dell'atto, solo in riferimento a tale vizio. Ne consegue, che l'Amministrazione è sempre libera di annullare d'ufficio l'atto, il ricorso contro il quale sia stato respinto nel merito, per vizi diversi da quelli presi in esame dal giudice amministrativo; e, parimenti, il giudice civile o penale è libero di disapplicare l'atto che egli ritiene illegittimo, perchè affetto da vizi diversi da quelli la cui esistenza è incontestabilmente esclusa dalla decisione del Consiglio di Stato.

È da notare, però, che pur ricollegando il problema del giudicato a quello dell'accertamento, e questo, all'oggetto del giudizio, le considerazioni che precedono, e che rispecchiano i termini in cui il problema stesso è comunemente trattato, concernono solo il valore extraprocessuale dell'accertamento del giudice amministrativo, il quale riguarda un contenuto tipico: la legittimità dell'atto; normalmente, non è neppure sentita l'esigenza di una precisazione del valore dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo, e che abbia un contenuto diverso; e tale contenuto, evidentemente, non può essere costituito altro che da quelle circostanze di fatto e di diritto, sulla cui base il giudice stesso ha deciso sull'oggetto del giudizio.

Tracce sporadiche di questa questione possono rinvenirsi solo nella dottrina meno recente, la quale, nella trattazione del

problema del giudicato scaturente dalle decisioni giurisdizionali amministrative, era evidentemente attratta dagli schemi della dottrina del processo civile; e, seguendo questa impostazione, non poteva non risentire delle polemiche ormai sopite, che in tale dottrina si agitavano, sui limiti obbiettivi del giudicato scaturente dalle sentenze civili: in particolare di quelle dispute, che traevano spunto dalla teoria del SAVIGNY e del MORTARA, la quale, come si è visto <sup>(226)</sup>, estendeva il giudicato non solo al dispositivo della sentenza, ma anche alla sua motivazione.

In corrispondenza puntuale con tale impostazione del problema, è possibile rinvenire delle superate opinioni, tendenti a risolvere il problema dei limiti obbiettivi del giudicato nel processo amministrativo secondo tali schemi, attribuendo forza di giudicato non solo all'accertamento del giudice amministrativo che si riflette nel dispositivo, e che verte sull'oggetto del giudizio, ma anche a quegli accertamenti, che affiorano nella motivazione <sup>(227)</sup>; e anche chi si opponeva ad un orientamento del genere, ciò non di meno trattava la questione negli stessi termini, riducendo il giudicato, cioè, in corrispondenza del solo dispositivo <sup>(228)</sup>.

Nella dottrina più recente, il problema generalmente non è più sentito; di solito non si discute più, infatti, se l'accertamento del Consiglio di Stato che passa in giudicato, comprenda anche quelle circostanze di fatto e di diritto sulla cui base è stata pronunciata la legittimità, o la illegittimità dell'atto impugnato.

<sup>(226)</sup> Cfr., *supra*, pag. 162, 163.

<sup>(227)</sup> Cfr. l'ormai lontano scritto del PORRINI, *Della cosa giudicata nascente dalle decisioni della IV sez. del Consiglio di Stato*, in *Filangieri*, 1895, pag. 11, 12; successivamente, v.: GALLIANO SANTORO, *La forza obbligatoria delle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 291. Per la giurisprudenza, cfr.: App. Firenze 26 giugno 1923, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 208, e le sentenze citate *ivi*, 213, da CELASCO, *Sui limiti della regiudicata*, etc., cit, il quale critica tale orientamento.

<sup>(228)</sup> In questo senso, v., appunto: CELASCO, *Sui limiti della regiudicata*, etc., cit., in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, pag. 214 ss.

to<sup>(229)</sup>; e in questo fenomeno sembra da ravvisarsi una implicita presa di posizione, forse, però, non del tutto consapevole, nel senso del collegamento tra i limiti obbiettivi del giudicato e l'oggetto del giudizio, e verso l'accoglimento di una nozione di oggetto del giudizio così ristretta, come quella che si è venuta delineando nel corso del presente lavoro.

D'altra parte, si può osservare come l'art. 28 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, dispone che non passa in giudicato la decisione delle questioni pregiudiziali, le quali vertano su diritti soggettivi perfetti; ora, da questa disposizione, sembra che si possa argomentare la coincidenza, anche nel processo amministrativo, dei limiti obbiettivi del giudicato, con il contenuto dell'oggetto del giudizio, senza fare riferimento diretto alla teoria della pregiudiziale.

Infatti, il motivo per cui la soluzione delle questioni suddette non passa in giudicato, pare possa essere rinvenuto unicamente nella circostanza per cui esse non sono ricomprese nell'oggetto del giudizio.

D'altro canto, se il passaggio o meno in giudicato della decisione di determinate questioni, dipende non dalla natura, o dall'oggetto di queste, ma solo dalla relazione con cui esse si pongono con l'oggetto del giudizio, è evidente che sulla base della disposizione in esame, si può trarre la deduzione che la soluzione di ogni questione che non è ricompresa nell'oggetto del giudizio, non passa in giudicato.

E poichè ad ogni questione non compresa nell'oggetto del giudizio si è attribuito il carattere pregiudiziale<sup>(230)</sup>, ecco che si

(229) Tra le rare, esplicite prese di posizione, in tempi recenti, nel senso della limitazione del giudicato amministrativo alla sola declaratoria di legittimità, o di illegittimità dell'atto impugnato, senza estensione alle argomentazioni, sulla cui base si è pervenuti a tale conclusione, v., per la dottrina: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 329, il quale fa esplicito riferimento ad autori di diritto processuale civile; e per la giurisprudenza: V sez., 28 febbraio 1958, n. 57, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1958, II, 178.

(230) Cfr., *supra*, pag. 59, 60.

può chiudere l'anello dei rapporti tra oggetto del giudizio, pregiudiziale, e limiti obbiettivi del giudicato.

Per tali ragioni, nel processo amministrativo non possono passare in giudicato gli accertamenti relativi a quelle circostanze di fatto o di diritto, sulla cui base il giudice ha pronunciato la decisione finale; in particolare, non passano in giudicato gli accertamenti sul comportamento che è stato effettivamente tenuto dall'Amministrazione, sull'aspetto di esso che viola la legge, sullo stesso vizio dell'atto, considerato in via autonoma, prescindendo, cioè, dalla illegittimità che è da esso provocata.

Non passano in giudicato gli accertamenti su quelle circostanze, sulla cui base è possibile rilevare la esistenza di tale vizio; se esse sono circostanze, le quali, di per sè, non possono costituire oggetto di un autonomo giudizio, in un qualsiasi processo previsto dal nostro ordinamento, questo si ricollega alla loro generica inidoneità a costituire oggetto di accertamenti che possono passare in giudicato.

Se, viceversa, si tratta di circostanze, le quali possono essere oggetto di un giudizio, si deve distinguere: nel caso che siano diritti soggettivi perfetti, al loro passaggio in giudicato osta una norma espressa; nelle altre ipotesi, lo stesso fenomeno deriva da quel principio generale il quale, come si è detto, è deducibile dalla norma stessa.

In conclusione, la corrispondenza tra i limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, e i limiti obbiettivi del giudicato nello stesso processo, sembra perfetta<sup>(231)</sup>.

(231) Da ciò risulta confermato che, anche nel processo amministrativo, non vi è posto per la teoria c.d. del giudicato implicito, cui, pure il Consiglio di Stato, fa spesso riferimento; per l'esame del problema, in termini generali, v., *supra*, pag. 166.