

SEZIONE SECONDA

Le singole ipotesi di questioni pregiudiziali.

29. Gli amplissimi limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, in senso meramente logico, nel processo amministrativo, che si sono venuti delineando, richiedono, d'altra parte, una più accurata precisazione della disciplina delle singole ipotesi di questioni pregiudiziali che in tale processo possono insorgere, e, anzitutto, una loro individuazione.

Anche in una classificazione delle questioni pregiudiziali nel processo amministrativo, la *summa divisio* che occorre fare, è tra le questioni pregiudiziali in senso meramente logico e le questioni pregiudiziali in senso giuridico: infatti, anche nel tipo di processo che qui interessa, sussistono quelle stesse esigenze, le quali furono avvertite sin dagli inizi della moderna indagine sul tema, e che richiedono che vengano tratteggiati i caratteri di una pregiudizialità in senso giuridico, avente un significato ed una portata più tecnica, rispetto a quella meramente logica⁽¹⁾.

Nella prima parte del presente lavoro, si è accolto la definizione di questione pregiudiziale in senso tecnico, che fa perno sulla idoneità a costituire un autonomo oggetto del giudizio, di una questione pregiudiziale in senso logico; e si è pervenuti a tale conclusione, sulla base della considerazione che il fenomeno della pregiudizialità logica acquista una giuridica rilevanza nel processo, sotto i due profili della determinazione della competenza del giudice a risolvere le questioni o le cause pregiudiziali, e della efficacia che acquistano le decisioni relative; due profili, cioè, i quali conducono ambedue verso una unica nozione, quella

(1) Cfr., *supra*, pag. 183 ss.

di oggetto del giudizio, in base ad una serie di considerazioni che qui non occorre ripetere⁽²⁾.

I profili sotto i quali il fenomeno della pregiudizialità acquista rilevanza giuridica sono, anche nel processo amministrativo, identici a quelli indicati, come si può facilmente argomentare dall'art. 28 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato; per tale ragione, appare chiaro che la distinzione tra questioni pregiudiziali in senso logico, e questioni pregiudiziali in senso giuridico, la quale, si è detto, deve farsi anche per quel che riguarda il processo amministrativo, anche in questo processo deve essere tratteggiata con gli stessi caratteri precedentemente delineati su un piano generale: ossia, che è pregiudiziale anche in senso giuridico, quella questione, pregiudiziale in senso logico, la quale può costituire autonomo oggetto del giudizio, in un qualsiasi processo previsto dal nostro ordinamento.

Sulla base di tale distinzione, è possibile individuare nel processo amministrativo, come, del resto, in ogni altro tipo di processo, tutta una serie di questioni pregiudiziali, le quali sono tali solo per il nesso di antecedente logica, col quale si pongono, in relazione con l'oggetto del giudizio, ma che non possono costituire mai un autonomo oggetto del giudizio, e che, per tale ragione, non sono questioni pregiudiziali anche in senso tecnico; il gruppo più cospicuo di esse è quello delle questioni che vertono sui meri fatti, sulla cui base il giudice decide il giudizio: quei fatti, cioè, che nessun giudice può mai sottoporre ad un autonomo accertamento giudiziale in senso proprio, il quale possa acquistare, poi, forza di giudicato⁽³⁾.

In contrapposizione a tali questioni pregiudiziali, in senso meramente logico, si devono individuare, invece, quelle questioni le quali insorgono nel processo amministrativo, ponendosi

(2) Cfr., *supra*, pag. 186 ss.

(3) L'affermazione di cui nel testo vale, in quanto si attribuisca all'oggetto del giudizio nel processo penale, un contenuto diverso da quello dei meri « fatti »; sul punto, cfr., *supra*, pag. 172, 173.

nei confronti del relativo oggetto del giudizio, in quel rapporto di precedenza logica il quale, come tale, giustifica la loro qualifica di « pregiudiziali », ma che, in altro processo, davanti alla stessa, o a diversa autorità giurisdizionale, potrebbero costituire l'oggetto del giudizio.

In quali ipotesi una questione pregiudiziale di questo tipo, possa porsi anche come un autonomo oggetto del giudizio, acquistando, così, il carattere di causa pregiudiziale, gioverà dire molto brevemente. Anzitutto può darsi il caso in cui l'insorgere della questione pregiudiziale, da un lato, e quello della causa pregiudiziale, dall'altro, non siano in alcun modo connessi: allora, la pendenza di un giudizio, che abbia tale questione come proprio oggetto, contemporaneamente alla pendenza di un giudizio, in cui la stessa questione abbia carattere pregiudiziale, è del tutto accidentale; ciò non di meno, questo fenomeno si rivela produttivo di conseguenze giuridiche: talvolta, infatti, il secondo processo deve essere sospeso fino al termine del primo, e, in ogni caso, se questo si conclude con una sentenza che passa in giudicato, prima della decisione di quello, tale sentenza si immette nel processo in cui era sorta la questione pregiudiziale, come un punto pregiudiziale, secondo la tesi del MENESTRI-NA⁽⁴⁾, in base ai normali principi del giudicato, e dei suoi limiti oggettivi e soggettivi.

Molto più frequente, però, è il caso in cui l'insorgere della causa pregiudiziale, è connesso con la questione pregiudiziale, sorta in un processo già precedentemente pendente: ciò si verifica quando tale questione non può essere risolta solo *incidenter tantum*, unicamente ai fini della decisione sull'oggetto del giudizio, ma, al contrario, deve essere decisa *principaliter*; si ha, cioè, quel fenomeno della trasformazione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale.

Nel processo civile, come si è visto⁽⁵⁾, tale trasformazione

⁽⁴⁾ Cfr., *supra*, pag. 38.

⁽⁵⁾ Cfr., *supra*, pag. 174 ss.

può avvenire in due ipotesi, che sono previste dall'art. 34 cod. proc. civ.: la volontà della legge, e la domanda delle parti. Si deve ritenere che, pur prescindendo dalla particolare disciplina che tali due ipotesi hanno nel processo civile, la previsione di queste abbia un valore generale, in quanto la disposizione citata sembra esaurire i possibili presupposti del fenomeno in esame.

Ma se ambedue le ipotesi, almeno su un piano del tutto astratto, sono delineabili anche nel processo amministrativo, in pratica essi si manifestano in tale processo con caratteri ben diversi da quelli prima indicati a proposito del processo civile. Infatti, da un lato, i casi in cui una questione pregiudiziale non può essere risolta per legge solo *incidenter tantum*, ma, al contrario, deve essere decisa *principaliter*, tendono a moltiplicarsi.

Per contro, ben diversa disciplina ha l'altra ipotesi, nella quale assume rilevanza la volontà delle parti, e, in complesso, tale ipotesi appare, in concreto, di molto difficile verificaione.

Già un primo indizio, sia pure molto generico, di ciò, può essere individuato nella regolamentazione generale del processo amministrativo, la quale è improntata, nelle sue linee principali, ad un preminente interesse pubblico, il quale, indiscutibilmente, diminuisce la sfera dei poteri del privato, rispetto a quella che si può delineare nel processo civile.

Scendendo ad osservazioni di carattere più specifico, si può notare come la questione pregiudiziale che dovrebbe essere trasformata in causa pregiudiziale su richiesta di parte, se è considerata come un autonomo oggetto del giudizio, o appartiene alla stessa competenza del giudice amministrativo, oppure appartiene alla competenza di un giudice diverso. Nel primo caso, la questione pregiudiziale verte sulla legittimità di un atto amministrativo, diverso da quello impugnato, e poichè essa è rivolta ad un giudice, i cui provvedimenti decisori, di regola, hanno carattere costitutivo, la richiesta di sua trasformazione in causa, si traduce in una impugnazione dell'atto stesso, la quale deve sottostare a tutte le condizioni, specie di carattere formale, che sono previste

dalla legge per la proposizione di un ricorso giurisdizionale amministrativo: e specialmente il requisito della tempestività del ricorso stesso, nei confronti del perentorio termine di 60 giorni, renderà assai difficile, in pratica, che la trasformazione in esame possa trovare luogo ⁽⁶⁾.

Nè la cosa si presenta più agevole nell'ipotesi in cui la questione da trasformare in causa appartenga, per competenza, ad un giudice diverso: infatti, tale trasformazione avviene solo su domanda, e, quindi per l'interesse della parte, ed essa comporta un inevitabile arresto del processo amministrativo, fino alla decisione della causa pregiudiziale; la trasformazione stessa non appare conciliabile, perciò, con quella esigenza pubblicistica, a che il processo amministrativo abbia sollecita conclusione, anche per evitare che la questione sulla legittimità di un atto amministrativo rimanga troppo a lungo sospesa. Nel conflitto tra tale interesse pubblico, e l'interesse della parte, non appare dubbio come il primo abbia la prevalenza sul secondo, escludendo, perciò, che possa verificarsi, almeno di regola, l'ipotesi in esame. D'altro canto, non si può arrivare a diversa conclusione, neppure se si identifica l'interesse della parte, a provocare una pronuncia giurisdizionale *principaliter* sulla questione pregiudiziale, e con forza di giudicato, con l'interesse generale, alla certezza delle situazioni giuridiche, giacchè i casi in cui la trasformazione di una questione pregiudiziale, in una causa, che nel processo amministrativo sono dettati in modo cogente dalla legge, appaiono, appunto, il frutto della valutazione comparativa di tale interesse alla certezza, con quello alla sollecitudine della definizione del processo amministrativo stesso; perciò, al di fuori di tali casi, non appare lecito individuarne altri, in cui il processo amministrativo può essere arrestato, senza che l'in-

(6) Il problema è connesso, evidentemente, con quello della possibilità che la legittimità di un atto amministrativo, diverso da quello impugnato, venga valutata incidentalmente dal giudice amministrativo, il che, come è noto, è comunemente negato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato; la questione, comunque, sarà esaminata più dettagliatamente in seguito: cfr., *infra*, pag. 465 ss.

terprete non sovrapponga arbitrariamente il proprio apprezzamento, a quello del legislatore.

È ovvio, comunque, che quando, per qualsiasi ragione, si ha la trasformazione di una questione pregiudiziale, in una causa pregiudiziale, si verificano le stesse conseguenze giuridiche, cui prima si è accennato, a proposito dell'ipotesi in cui la pendenza di un giudizio, in cui è meramente pregiudiziale, una questione che in altro giudizio ne costituisce l'oggetto, è un fatto del tutto accidentale; in particolare, quella conseguenza per cui la decisione della causa pregiudiziale si immette come punto pregiudiziale nell'altro processo, come soluzione della questione pregiudiziale ivi sorta.

Non vi è dubbio, che la regolamentazione delle ipotesi di interferenza tra la causa pregiudiziale, e la causa, per così dire, pregiudicata, costituisca un aspetto della disciplina del fenomeno della pregiudizialità, che è peculiare di quelle questioni pregiudiziali, le quali possono costituire oggetto di un autonomo giudizio; ossia, delle questioni pregiudiziali anche in senso giuridico.

Sarebbe inesatto, però, trarre da ciò la conclusione, che tale regolamentazione costituisce il profilo più saliente, e maggiormente significativo, per i lineamenti da attribuire ad una teoria della pregiudizialità, della disciplina delle questioni pregiudiziali in senso anche giuridico; infatti, l'aspetto di questa disciplina che appare di gran lunga come il più degno di interesse, è quello che si presenta indifferenziato, rispetto alle questioni pregiudiziali, in senso meramente logico.

Questa affermazione, che può stupire, merita di essere giustificata con alcune considerazioni.

La ragione per cui si è notato che ambedue i profili sotto i quali acquista rilevanza giuridica il fenomeno della pregiudizialità, richiamano la nozione di oggetto del giudizio, è che la competenza dell'organo giurisdizionale che deve decidere della controversia è determinata da tale oggetto, almeno di regola; e che,

come si è visto, è solo l'accertamento il quale verta sull'oggetto del giudizio che può acquistare forza di giudicato.

Da ciò consegue che *tutte* le questioni pregiudiziali, e cioè non solo quelle meramente logiche, ma anche quelle che sono tali anche in senso tecnico-giuridico, non rilevano ai fini della determinazione della competenza del giudice che decide della questione principale, almeno di regola; e, correlativamente, le loro decisioni non passano in giudicato; e non solo, sotto questi profili, la disciplina delle questioni pregiudiziali dell'uno e dell'altro gruppo è assolutamente identica e indifferenziata, ma essa ha anche un medesimo fondamento: l'uguale rapporto col quale esse si pongono, nei confronti dell'oggetto del giudizio.

L'importanza, e la significatività di ciò può essere valutata in tutta la sua portata, se il rilievo che precede è applicato ai fini di delineare i tratti essenziali della natura del fenomeno che è oggetto del presente studio; e il disegno riassuntivo di questi caratteri si è volutamente ritardato sino a questo momento, in quanto è sembrato opportuno che tali caratteri fossero immediatamente percepibili, sulla base della descrizione del fenomeno stesso, che è stata condotta.

Sulla natura della pregiudizialità, sono state avanzate numerosissime teorie (⁷), dalla valutazione analitica delle quali possiamo prescindere, però, in quanto i rilievi critici che, sembra, si possono ad esse rivolgere, risulteranno abbastanza chiaramente da quanto si dirà sul punto.

Dando uno sguardo d'insieme al panorama della ricca letteratura sull'argomento che interessa, si può notare, in esso, per così dire, due correnti principali.

La prima di queste è orientata nel senso di delineare il fenomeno della pregiudizialità, come un fenomeno che si manifesta, anzitutto, nell'ambito di ogni singolo processo, e, sotto questo profilo, come immanente in questo. Per contro, l'altro

(⁷) Per una rassegna di esse, con ampie citazioni, e valutazioni critiche, v.: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 6 ss.

orientamento tende ad individuare nella pregiudiziale, un fenomeno che non si esaurisce nell'ambito del singolo processo, ma che acquista rilevanza in tanto, in quanto interferisca con altri processi. E, forse, non è accidentale, che il primo orientamento, su cui è basata tutta la concezione del MENESTRINA (⁸), per esempio, sia prevalente nel processo civile, mentre, al contrario, il secondo domini in un altro processo, in cui la pregiudizialità è stata particolarmente elaborata: il processo penale (⁹).

L'opinione estrema che si deve ricollegare a quest'ultimo orientamento, comunque, è quella, manifestata, appunto, nella dottrina del processo penale, secondo la quale la pregiudizialità costituirebbe un fenomeno di interferenza di giurisdizioni; in altri termini, secondo questa tesi, si dovrebbero considerare come questioni pregiudiziali, quelle questioni che insorgono nel corso di un processo, ma che, considerate come autonomo oggetto del giudizio, ricadrebbero nella competenza di un giudice, appartenente ad una giurisdizione diversa da quella, cui appartiene il giudice della questione principale (¹⁰).

Questa impostazione, del resto, corrisponde pienamente a quella di chi voglia esaminare il problema della pregiudizialità nel processo amministrativo, solo in relazione alla esegesi dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, e, al

(⁸) Tale concezione è stata ampiamente esposta e sostanzialmente accolta nella prima parte del presente lavoro; v., *supra*, *passim*, ma specialmente pag. 21 s.

(⁹) Infatti, data la diversa ampiezza della giurisdizione civile e di quella penale, è normale che le questioni pregiudiziali che insorgono in un processo civile, nella maggior parte dei casi, abbiano comunque carattere civile, mentre, al contrario, è più frequente che le questioni pregiudiziali che insorgono nel processo penale non abbiano carattere penale; questo ragionamento vale, a fortiori, per lo stesso processo amministrativo, dove, all'infuori di una ipotesi specifica che sarà esaminata successivamente, è molto raro il caso in cui sorga una questione pregiudiziale, avente per oggetto la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato; e tale ipotesi è quella che ricorre, quando l'atto, sulla cui legittimità sorge la questione pregiudiziale, fa parte, con l'atto impugnato, di una medesima serie procedimentale.

(¹⁰) Tale tesi vedila riportata da FOSCHINI, con citazioni, e rilievi nettamente critici (*La pregiudizialità*, cit., pag. 12 ss.).

massimo, di alcune norme del codice di procedura penale: in sostanza, sotto l'unico profilo, appunto, della interferenza di giurisdizioni. Ma è appena il caso di far rilevare come la visione del fenomeno che ne risulta, appaia inaccettabilmente ristretta: in base ad essa, infatti, si dovrebbe negare il carattere di pregiudizialità alla grande maggioranza di quelle questioni alle quali, invece, come si è visto, tale carattere va attribuito. E la gravità di questa così drastica limitazione si manifesta in modo incontrovertibile, a tacer d'altro, dalla circostanza per cui l'art. 34 cod. proc. civ. regola ipotesi di questioni pregiudiziali, le quali appartengano tutte alla competenza del giudice ordinario civile; e perciò, secondo la tesi criticata, si dovrebbe negare che disciplini un aspetto del fenomeno della pregiudizialità, proprio la più importante norma in materia, che si possa rinvenire nel nostro ordinamento positivo.

Sotto questo profilo, non vi è il minimo dubbio che si deve considerare come una evoluzione altamente positiva, la reazione che contro la opinione sopra criticata, si è manifestata nello stesso ambito della dottrina del processo penale; reazione, che ha portato a delineare la pregiudizialità, non più come un fenomeno di sola interferenza di giurisdizioni, ma come un problema di interferenza tra la semplice competenza, del giudice della causa principale, e di quello della questione pregiudiziale⁽¹⁾. In base a tale impostazione, si potrebbe attribuire il carattere di pregiudizialità, non solo a tutte le questioni che erano da definire in tal modo secondo la tesi precedente, ma anche a tutte le altre, le quali, insorgendo in un dato processo, se fossero considerate come autonomo oggetto del giudizio, apparterrebbero alla

⁽¹⁾ È questa la tesi di FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 93; per qualche riferimento v., di recente, LIEBMAN, che ricollega la sospensione necessaria del processo civile al nesso di pregiudizialità che lega due processi, pur senza escludere, neppure implicitamente, che il nesso di pregiudizialità possa esaurirsi nell'ambito di un solo giudizio (*Sulla sospensione propria*, etc., cit., in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153).

competenza di un giudice diverso da quello della causa principale, ma sempre appartenente alla medesima giurisdizione.

Ciò nonostante, tale tesi porta ancora a delineare il fenomeno della pregiudizialità con limiti assai più ristretti di quelli che si sono attribuiti ad esso nel corso del presente lavoro; infatti, rispetto alla impostazione qui accolta, dovrebbero escludersi dal fenomeno della pregiudizialità così inteso, non solo tutte le questioni pregiudiziali in senso meramente logico, ma anche un intero gruppo delle questioni pregiudiziali anche in senso giuridico: quelle questioni cioè, le quali, se considerate come autonomo oggetto del giudizio, apparterrebbero, comunque, alla competenza dello stesso giudice davanti al quale pende la causa principale; e l'importanza di questa esclusione appare chiaramente, ove si consideri che l'ipotesi esclusa è prevista, sia pure implicitamente, dalla stessa norma fondamentale in materia di pregiudizialità, e cioè il più volte citato art. 34 cod. proc. civ.

Individuata nel modo che precede la diversità di conseguenze della impostazione qui accolta, rispetto a quella del FOSCHINI, non è difficile esporre alcune ragioni di preferenza della prima, le quali si traducono in altrettanti rilievi critici di vario ordine, nei confronti della seconda.

Anzitutto, una prima considerazione al riguardo, è quella, già adombrata, dalla non aderenza al sistema della legge, della categoria di questioni pregiudiziali che andrebbe delineata, secondo la tesi qui criticata.

Inoltre, risolvendo la pregiudizialità in un fenomeno di interferenza tra competenze, non vi è dubbio che dei due profili, sotto i quali tale fenomeno acquista rilevanza, quello della determinazione della competenza assumerebbe il ruolo di primo piano, lasciando relativamente in ombra il profilo della efficacia della decisione della questione pregiudiziale; si può dubitare seriamente, però, della esattezza di questa impostazione, e della sua corrispondenza alla realtà del fenomeno in esame, così come

questa risulta dalla disciplina legislativa; e i motivi di ciò sono molteplici.

Si può osservare, per esempio, che alcune volte il principio per cui le questioni pregiudiziali che sorgono in un giudizio, non acquistano rilevanza per la determinazione della competenza, ammette forse eccezioni, come si vedrà in seguito, mentre, al contrario, non ammette assolutamente eccezioni l'altro principio, per cui la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato.

Ma l'argomento di maggior peso a sostegno di quanto qui si sostiene, è che nella grande maggioranza dei casi, in cui la legge prevede che una determinata questione pregiudiziale, venga trasformata in causa, tale trasformazione trova il suo fondamento non in esigenze attinenti alla competenza del giudice, ma in quella di assicurare alla decisione relativa l'efficacia di cosa giudicata⁽¹²⁾; e, nell'ipotesi in cui tale trasformazione avviene su domanda di parte, pare da escludere, almeno di regola, che questa venga provocata dall'interesse che una determinata questione sia decisa da un giudice piuttosto che da un altro, mentre, al contrario, è da ricollegarsi con l'interesse ad avere su tale questione una decisione con forza di giudicato, da rimanere incontestabile tra le stesse parti, anche in successivi giudizi. È ovvio, poi, che se la questione deve essere decisa con efficacia di giudicato, essa deve essere deferita alla cognizione del giudice competente.

In definitiva, appare più conforme al sistema della legge, attribuire la preminenza al profilo della efficacia della decisione della questione pregiudiziale, piuttosto che a quello che attiene alla competenza del giudice; ciò sembra già sufficiente ad escludere che il fenomeno della pregiudizialità possa essere risolto in

(12) Cfr., infatti, la dizione dell'art. 34 cod. proc. civ.: « Il giudice, se per legge o per esplicita domanda delle parti, è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale... ».

una interferenza di competenze, trascurando, invece, che esso è immanente, di per sè, in ogni singolo processo, e può essere considerato nel solo ambito di questo.

Ma vi è di più. Se si valuta la pregiudizialità, sotto il solo profilo della interferenza di competenze, il solo problema che la teoria della pregiudizialità può risolvere è quello di stabilire, nell'ipotesi in cui in un processo sorge una questione, che, considerata come autonomo oggetto del giudizio, apparterebbe alla competenza di un giudice diverso di quello della causa principale, quando quest'ultimo possa anche risolvere *incidenter tantum* la questione stessa, e quando, invece, debba rimetterla all'altro giudice. In tal modo, non si ricollegerebbe con la teoria della pregiudizialità anche l'altro problema, il quale, si è visto, ha importanza preminente rispetto al primo: quello, cioè, di stabilire, nell'ipotesi in cui in un processo sorga una questione pregiudiziale, qualunque essa sia, e magari appartenente alla competenza del giudice della questione principale, quando la relativa decisione passa in giudicato, e quando no.

Ad ogni modo, ambedue questi problemi, e cioè anche il primo, non meno del secondo, possono essere avviati a soluzione solo sulla base della nozione di oggetto del giudizio, così come questa risulta dalle sue più recenti formulazioni; con ciò non si vuol negare che le soluzioni date alla problematica della pregiudizialità fin dal MENESTRINA, basate in prevalenza, come si è visto, sulla distinzione, del resto corrispondente all'oggetto del giudizio, tra *judicium* e *cognitio*, fossero sostanzialmente esatte; solo, la loro giustificazione, come anche la precisazione dei limiti del fenomeno della pregiudizialità, non potevano avere quella nitidezza che avrebbero avuto, se i loro autori avessero potuto disporre di quello strumento dogmatico moderno che si è detto; in definitiva, la possibilità che attualmente si ha, di delimitare esattamente l'ambito della pregiudizialità, costituisce il frutto di quella elaborazione della nozione di oggetto del giudizio, dovuta alla recente dottrina, in particolare a quella te-

desca, anche se non si può accogliere, come si è visto, il carattere strettamente formale che quest'ultima attribuisce a tale nozione.

D'altra parte, se si ricollega la pregiudizialità all'*iter* logico del giudice, e, nell'ambito di questo, la si contrappone all'accertamento che verte sull'oggetto del giudizio, non vi è dubbio che risulta confermata l'impostazione del MENESTRINA, la quale è stata accolta fin dall'inizio del presente lavoro: quella concezione, cioè, per cui la pregiudizialità va delineata come un fenomeno che è anzitutto interno ad ogni singolo processo, e anzi, immanente in questo, e che solo in talune ipotesi si può riflettere sulla interferenza di competenze, o, addirittura, di giurisdizioni di organi giurisdizionali diversi.

Ma, ad ogni modo, non si deve credere che in queste ipotesi il fenomeno della pregiudizialità si presenti con caratteri diversi da quelli che si sono delineati: al contrario, la disciplina fondamentale di tali ipotesi, quella, cioè, per cui il giudice della questione principale può conoscere delle questioni pregiudiziali le quali, come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero alla competenza di altro giudice; e per cui la decisione di tali questioni non passa in giudicato, è comprensibile proprio sulla base di quel nesso che lega le questioni suddette all'oggetto del giudizio del singolo processo; in altre parole, la disciplina di tali questioni trova il suo fondamento non in relazione alla interferenza di competenza, sotto il quale profilo esse possono essere valutate, ma in un collegamento che si svolge unicamente nel singolo processo; e se, come è evidente, è tale collegamento che viene chiamato nesso di pregiudizialità, risulta chiaro anche per questa strada, che il fenomeno in parola si svolge, anzitutto, internamente al singolo processo.

Sulla base di tali considerazioni, si può notare ulteriormente come, pur non negando l'opportunità della distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso giuridico, talvolta si sia eccessivamente sopravvalutata la sua rilevan-

za: infatti, il fondamento della disciplina della pregiudizialità, è pur sempre il nesso di pregiudizialità in senso logico, e ciò vale anche per le questioni pregiudiziali in senso giuridico; ed è questa la ragione per cui appare importantissimo il rilievo che, peraltro, si è più volte accennato, secondo il quale se non ogni questione pregiudiziale in senso logico è tale anche in senso giuridico, ogni questione pregiudiziale in senso giuridico è tale, sempre, anche in senso logico ⁽¹³⁾.

Ci si potrebbe rimproverare che, accogliendo l'impostazione che si è delineata, in definitiva abbiamo eliminato gli aspetti particolari della teoria della pregiudiziale, risolvendola, in buona sostanza, sotto un profilo, in quella dell'oggetto del giudizio, e sotto un altro profilo, in quella dei limiti obbiettivi della cosa giudicata; e, in realtà, una considerazione di questo genere troverebbe un argomento di non poco peso, a suo sostegno, nella circostanza indiscutibile, che quanto abbiamo fin qui scritto, dedicandolo alla teoria della pregiudizialità, potrebbe essere intitolato, con pari legittimità, alla teoria dell'oggetto del giudizio, o a quella dei limiti obbiettivi del giudicato.

Tale considerazione, pur nella sua indubbia esattezza, non deve ingannare, però, per la sua semplicità: infatti, la fungibilità dei titoli del presente lavoro ha profonde radici; più precisamente, essa si fonda sulla unitarietà del fenomeno processuale, considerato nel suo svolgersi, e sulla pluralità di profili, sotto i quali tale fenomeno può essere valutato; da ciò consegue, che ove la valutazione, sotto uno qualsiasi di tali profili, non sia limitata in superficie, ma si spinga in profondità, essa non può non cogliere una materia, che può essere considerata anche sotto gli altri profili; in definitiva, il problema dei limiti della pregiudizialità, il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio, il problema dei limiti oggettivi del giudicato, sono, in realtà, altrettante facce di un unico problema; perciò non se ne può risol-

(13) Su tale affermazione, cfr. anche i rilievi svolti *supra*, pag. 20 e 180.

vere uno, senza, contemporaneamente, risolvere gli altri due, almeno implicitamente; e, ad ogni modo, il passaggio dall'esame approfondito dell'uno, a quello dell'altro, si risolve unicamente in un mero cambiamento di prospettiva. Da ciò consegue che la proposizione prima accennata può essere completamente capovolta, notando che gli stessi problemi del contenuto dell'oggetto del giudizio, e dei limiti oggettivi del giudicato, non hanno una propria specificità, ma, al contrario, si risolvono entrambi in quello dei limiti della pregiudizialità.

Le considerazioni che precedono vogliono costituire la giustificazione dell'impostazione che si è accolta nell'analisi del tema che è oggetto del presente lavoro; impostazione che non si è voluta fondare aprioristicamente, ma solo esporla *a posteriori*, alla fine di quella parte dell'indagine, nella quale essa, ad uno stesso tempo, è stata applicata, e ha trovato elementi che hanno reso opportuna la sua applicazione; in tal modo, quella che poteva essere una apodittica enunciazione, si traduce in un'affermazione, della cui validità si hanno già tutti i dati per poter valutare.

Ad ogni modo, al termine dell'analisi dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo, sembra di poter dire che, avendo determinato quel che in questo processo si deve ritenere pregiudiziale, in tale precisazione è anche implicita la disciplina del fenomeno della pregiudizialità, e ciò anche quando si tratti di questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, appartenerebbero alla competenza di un giudice diverso da quello davanti al quale pende la causa pregiudicata.

Ormai dovrebbe risultare evidente, infatti, che il giudice amministrativo può sempre, come principio generale, conoscere anche di tali questioni pregiudiziali che insorgono nel processo amministrativo, sia pure senza che la relativa decisione acquisti forza di giudicato. —

Naturalmente, si tratta di un principio il quale ammette

eccezioni; e le eccezioni possono essere raggruppate in due categorie; la più importante di queste comprende i casi in cui la legge dispone che la soluzione di una determinata questione sia sempre data con una pronuncia che possa acquistare forza di giudicato; da ciò consegue, che tale questione si debba trasformare sempre in oggetto del giudizio e che, perciò, di essa debba conoscere il giudice competente in questa ipotesi. Nell'altro gruppo, invece, vanno compresi i casi, assai più rari, in cui la legge dispone che di una data questione, il giudice della causa pregiudicata non possa conoscere neppure incidentalmente, e che essa sia riservata, comunque, alla cognizione di un giudice diverso: normalmente, il giudice che sarebbe competente, ove tale questione costituisse un autonomo oggetto del giudizio. In questa ipotesi, si ha un fenomeno, per così dire, inverso al precedente: infatti, la questione che in tal modo è devoluta alla competenza del giudice indicato, non può essere decisa da questi solo *incidenter tantum*, come una questione pregiudiziale, in quanto tale giudice non è investito della decisione della causa pregiudicata; perciò la questione pregiudiziale deve essere decisa *principaliter*, come un autonomo oggetto del giudizio, e da ciò consegue che la relativa decisione acquista forza di giudicato.

Ad ogni modo, in base al principio generale prima indicato, e alle sue eccezioni, si può trarre la conseguenza che solo in presenza di una di queste, il giudice amministrativo debba sospendere il processo, in attesa che la questione pregiudiziale, trasformata, per l'una o per l'altra ragione, in causa pregiudiziale, sia stata decisa dal giudice per essa competente; al di fuori di tali eccezioni, si deve escludere che si abbia una sospensione necessaria del processo amministrativo⁽¹⁴⁾; e ciò, sembra, anche se la questione che è sorta in via pregiudiziale in questo pro-

(14) Nel processo civile, l'ipotesi in cui un giudizio deve essere necessariamente sospeso, in attesa della decisione di una questione pregiudiziale, la quale costituisce l'oggetto del giudizio in altro processo, è regolata dall'art. 295 cod. proc. civ. Come è noto, in dottrina si disputa sull'interpretazione di questa norma; tra le tesi sostenute al riguardo vi è quella latissima, per cui la sospensione del

cesso, già si trova, come oggetto del giudizio, in altro processo pendente ⁽¹⁵⁾.

processo pregiudicato deve essere disposta, tutte le volte in cui sia pendente il processo pregiudiziale (in questo senso, v., da ultimo: LIEBMAN, *Sulla sospensione propria*, etc., cit., in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 157); e quella, assai più restrittiva, secondo cui tale sospensione si renderebbe necessaria solo nei casi in cui essa sia disposta da una specifica norma di legge (SATA, *Diritto processuale*, cit., pag. 308). Nel testo, in relazione al processo amministrativo, si accoglie questo ultimo orientamento, ma non crediamo che il problema in tale processo possa essere impostato in riferimento alla norma del processo civile, giacché questa sembra applicabile solo al processo civile medesimo, e, perciò, il problema che ci interessa deve essere risolto in via autonoma, alla luce dei principi particolari del processo amministrativo.

⁽¹⁵⁾ In base al rilievo che chiude la nota precedente, non può stupire che la questione sia risolta in modo diverso, per quel che riguarda, rispettivamente, il processo civile, e quello amministrativo; da un lato, infatti, in sede di esegesi dell'art. 295 cod. proc. civ., è stata sostenuta la tesi indicata; d'altro canto, il Consiglio di Stato ha affermato la propria competenza a risolvere una questione pregiudiziale concernente diritti soggettivi perfetti, anche in pendenza, davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria, di un processo, avente per proprio oggetto del giudizio tale questione (VI sez., 15 novembre 1949, n. 213, in *Foro amm.*, 1950, I, 3, 124; v. anche, *ivi*, la netta motivazione).

Nè, per quel che riguarda il processo amministrativo, si può arrivare a conclusione diversa, sulla base del principio che si ricollega al fenomeno della litispendenza: in realtà, nella ipotesi in esame non vi è nessuna litispendenza, giacché questa postula la identità degli oggetti dei due processi pendenti; ora, nel processo amministrativo l'oggetto del giudizio è costituito dalla legittimità dell'atto amministrativo, la quale, viceversa, non potrà mai costituire oggetto del giudizio in un processo civile; e, d'altra parte, nel processo civile l'oggetto del giudizio è costituito da una questione, la quale nel processo amministrativo ha carattere pregiudiziale (v., in questo senso: Cass., sez. un., 3 marzo 1953, n. 516, in *Foro amm.*, 1953, II, 1, 31, con osservazioni redazionali critiche, che si richiamano al principio della unità della giurisdizione, per sostenere l'inammissibilità di due pronunce di giudici diversi sulla stessa questione; il principio, di per sé, è evidentemente esattissimo, ma il richiamo ad esso nella fattispecie in esame, appare inconferente: i due accertamenti giudiziari in senso tecnico hanno, come si è visto, oggetti diversi; e, d'altra parte, la stessa questione è decisa due volte, ma una sola volta *principaliter*, e l'altra solo *incidenter tantum*; da ciò deriva che, anche se tali decisioni sono divergenti, questo non produce quel contrasto di giudizi in senso tecnico che la disciplina della litispendenza ha inteso evitare, ma solo quella contraddittorietà tra premesse di due decisioni giurisdizionali, la quale è l'inevitabile conseguenza della limitazione del giudicato al solo dispositivo, e di cui si è già detto nella prima parte del presente lavoro (v., *supra*, pag. 166 ss.).

D'altra parte, proprio in base al principio della unità della giurisdizione, la decisione del giudice davanti a cui pende la causa pregiudiziale, che interve-

Si può porre il problema, però, se nei casi in cui il giudice amministrativo possa senz'altro risolvere la questione pregiudiziale, egli abbia comunque il potere discrezionale di sospendere il processo amministrativo, qualora ritenga ciò opportuno, per poter applicare a questo processo la decisione che pronuncia *principaliter* il giudice competente, su tale questione, trasformata in causa pregiudiziale.

Anzitutto, si può notare come il problema possa sorgere solo in quelle ipotesi, nelle quali il processo in cui la questione, pregiudiziale nel giudizio amministrativo, e principale in questo, sia pendente; evidentemente, è da escludere, infatti, che il giudice amministrativo possa obbligare le parti ad iniziare un giudizio, al solo fine di poter applicare la relativa decisione nel processo amministrativo, al di fuori dei casi in cui questo è imposto dalla legge.

Così limitati i termini del problema, si deve notare, anzitutto, come ad esso la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia dato soluzione positiva ⁽¹⁶⁾; ciò nonostante, crediamo preferibile la soluzione negativa. Infatti, l'opportunità di sospendere il processo amministrativo deriva dalla circostanza che la decisione della questione pregiudiziale, considerata come autonomo oggetto del giudizio, acquisti una certezza ed una incontestabilità che altrimenti non potrebbe esserle attribuita; e, forse, l'orientamento giurisprudenziale vuole corrispondere an-

nisse prima della decisione della causa pregiudicata, fa stato anche nei confronti di quest'ultima, e il giudice di tale causa non potrebbe decidere in modo difforme da essa, la questione che deve risolvere solo *incidenter tantum*; non sembra, però, che tale vincolo per il giudice della causa pregiudicata, sorga anteriormente al passaggio in giudicato della decisione della causa pregiudiziale, almeno per il processo amministrativo (nel senso opposto, ma in riferimento al processo civile, v., da ultimo: LIEBMAN, *Sulla sospensione propria*, etc., cit., in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 156).

⁽¹⁶⁾ Cfr., in questo senso: IV sez., 15 dicembre 1934, in *Giur. it.*, 1935, III, 170, con nota, adesiva sul punto, di F. C.; VI sez., 15 novembre 1949, n. 213, in *Foro amm.*, 1950, I, 3, 124; per un richiamo alla opportunità della sospensione del processo amministrativo, in alcune ipotesi di particolare delicatezza, v. anche: VI sez., 21 marzo 1951, n. 124, in *Foro it.*, 1952, III, 16.

che all'esigenza che a risolvere questioni pregiudiziali, le quali presentino particolari caratteri di delicatezza e di difficoltà, sia sempre il giudice che sarebbe competente, ove esse fossero considerate come autonomi oggetti del giudizio, per la maggiore esperienza specifica di questi; ma sia l'uno che l'altro di questi due motivi di opportunità, per quanto apprezzabili, ci sembrano di peso inferiore dell'esigenza, cui già precedentemente si è fatto cenno, di una sollecita definizione del processo amministrativo; e un argomento a favore di tale conclusione può essere trovato nella circostanza per cui la legge ha già compiuto una valutazione di queste esigenze contrapposte, quando ha stabilito in quali casi il giudice amministrativo non possa risolvere *incidenter tantum* la questione pregiudiziale; e, come si è detto, non pare lecito all'interprete, in mancanza di una precisa disposizione che lo autorizzi⁽¹⁷⁾, moltiplicare il numero dei casi in cui il processo amministrativo sia sospeso, in attesa della soluzione in sede competente della questione pregiudiziale. E, naturalmente, la considerazione che precede vale *a fortiori*,

(17) Tale norma sussiste, invece, come è noto, per il processo penale; infatti il cod. proc. pen., dopo aver disposto un caso di sospensione necessaria del processo penale, per la soluzione di una questione pregiudiziale civile (art. 19), autorizza il giudice penale a sospendere il processo, in cui sia sorta una questione pregiudiziale civile o amministrativa, fino alla definizione del giudizio davanti al giudice competente (art. 20); d'altra parte, tale norma sottopone questa autorizzazione a limiti assai rigorosi, anche temporali.

L'importanza dell'argomento che si vuole trarre, dalla mancanza di ogni disposizione legislativa del genere, per quel che riguarda il processo amministrativo, per sostenere che in questo processo il giudice non ha il potere di sospendere discrezionalmente il giudizio, quando lo ritenga opportuno, nell'ipotesi in esame, non è solo limitata a quella della considerazione che non si può rinvenire una norma che attribuisca al giudice amministrativo tale potere: si deve anche aggiungere il rilievo, concernente la gravità delle conseguenze cui si andrebbe incontro, se si accogliesse l'opposta tesi; infatti, se si attribuisse al giudice amministrativo un potere del genere, ad esso, nel silenzio della legge, non potrebbero essere attribuiti quei limiti così rigorosi, e specialmente quello temporale, che la legge processuale penale prevede; perciò, almeno *a priori*, non si può escludere la possibilità che il processo amministrativo debba rimanere sospeso per il lunghissimo tempo che, talvolta, occorre per la definizione di qualche processo civile, nei suoi tre gradi di giurisdizione.

quando la questione pregiudiziale costituisca oggetto di una procedura contenziosa, non avente però, carattere giurisdizionale⁽¹⁸⁾.

Fin qui, i rilievi che si possono svolgere da un punto di vista generale, sulla disciplina delle questioni pregiudiziali in senso tecnico, che possono sorgere nel corso del processo amministrativo. Bisognerebbe, adesso, esaminare, nei dettagli, la disciplina delle singole ipotesi di tali questioni pregiudiziali.

È necessaria, anzitutto, una loro classificazione sia pur sommaria; e il criterio per questa può essere offerto dal tipo di giudice che sarebbe competente a conoscere di esse, se fossero considerate come autonomi oggetti del giudizio. Sotto questo profilo, è possibile distinguere le questioni pregiudiziali costituzionali, civili, penali, appartenenti a giudici speciali, etc.; e, infine, categoria assai importante per quanto di solito non considerata, le pregiudiziali amministrative: si ha quest'ipotesi, tutte le volte in cui il giudice amministrativo deve valutare la legittimità di un atto amministrativo, al solo fine di decidere della legittimità dell'atto impugnato; quando tali ipotesi possano verificarsi, lo si vedrà successivamente.

Già dalla semplice enumerazione di questi diversi gruppi di questioni pregiudiziali, appare chiara l'inopportunità di una trattazione di ogni singolo caso, con i peculiari dettagli della relativa disciplina.

(18) La giurisprudenza sul punto è, viceversa, oscillante: da un lato, infatti, è stato deciso correttamente che la pendenza di un ricorso gerarchico su una questione pregiudiziale a quella che costituisce l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, non sospende quest'ultimo (IV sez., 23 settembre 1949, n. 308, in *Foro amm.*, 1950, I, 1, 54).

Per contro, opposta è stata la decisione sulla seguente fattispecie: il ricorrente, direttore in pianta stabile di un brefotrofo, impugna con ricorso straordinario il provvedimento di licenziamento; successivamente, impugna davanti al Consiglio di Stato, il bando di concorso per il posto rimasto vacante; il Consiglio di Stato ha sospeso il processo, in attesa della decisione del ricorso straordinario, applicando l'art. 295 cod. proc. civ., il quale, peraltro, come si è accennato, non pare possa acquistare rilevanza, viceversa, per il processo amministrativo (V sez., 20 aprile 1951, n. 372, *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, 386).

Alcuni di tali gruppi, infatti, sono regolati dalla legge, in modo del tutto indipendente dal processo in cui le relative questioni pregiudiziali possono insorgere: così, per esempio, la pregiudiziale costituzionale, e quella penale; per tale ragione, la disciplina di queste ipotesi, deve costituire l'oggetto di specifiche trattazioni, le quali non hanno particolari motivi di connessione con la teoria della pregiudizialità nel processo amministrativo, piuttosto che con quella di altri processi.

In questa sede appare opportuno, perciò, concentrare l'attenzione su quelle ipotesi di questioni pregiudiziali, che possono sorgere nel processo amministrativo, la cui disciplina è particolarmente legata alla disciplina di questo.

La prima di tali ipotesi, è quella della pregiudiziale civile, e ciò perchè essa è regolata, per quel che riguarda il processo amministrativo, da una norma specifica, la quale presenta aspetti particolari: si tratta del più volte citato art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, il quale, oltretutto, costituisce la sola disposizione espressa che sia dato rinvenire nel nostro ordinamento positivo, per quel che riguarda la materia che è oggetto del presente lavoro.

La seconda ipotesi, è quella della pregiudiziale amministrativa, nel processo amministrativo; le ragioni per cui essa debba essere particolarmente considerata, in sede di trattazione del fenomeno della pregiudizialità così come si manifesta in questo processo, appaiono così evidenti, da rendere superfluo lo svolgimento di ogni rilievo al riguardo.

La parte finale del presente lavoro, è dedicata, appunto, all'esame di tali due ipotesi.

30. Iniziando l'analisi della prima di queste due ipotesi, e cioè quella che riguarda le questioni pregiudiziali civili dal momento che essa è esplicitamente regolata da una norma di legge, è evidente che l'indagine deve assumere uno spiccato carattere di esegesi della norma stessa.

L'introduzione dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato nella disciplina del processo amministrativo è relativamente recente: tale disposizione, infatti, fa parte ⁽¹⁹⁾ del testo di legge che, fino ad ora, costituisce l'ultima riforma di una certa rilevanza della giurisdizione amministrativa ⁽²⁰⁾.

L'opportunità di una norma espressa che regolasse la materia era molto sentita, perchè si discuteva molto, fino all'intervento del legislatore, se il giudice amministrativo potesse risolvere in via incidentale, questioni pregiudiziali appartenenti, come autonomi oggetti del giudizio, alla competenza del giudice civile; e le incertezze dottrinali si riflettevano pienamente su oscillazioni giurisprudenziali, talvolta di notevole ampiezza ⁽²¹⁾.

Da notare, che la relazione al Re che ha accompagnato il testo legislativo del 1923 è quanto mai succinta ⁽²²⁾, e, in particolare, per quel che riguarda la disposizione in esame, si limita a svolgere qualche vaga considerazione sui motivi che hanno portato ad enunciare espressamente la competenza del Consiglio di Stato a risolvere le questioni pregiudiziali civili; nulla è detto, però, per quel che concerne le eccezioni a questo principio generale, quelle eccezioni, cioè, la cui portata in qualche caso non è chiara; in tal modo, l'interprete è privo di uno strumento di primaria importanza, per individuare la *ratio* di tali eccezioni, e precisarne, per questa via, i loro limiti.

Ad ogni modo, un primo rilievo, di ordine generale, che si può rivolgere al tenore della disposizione in esame, verte sul profilo del fenomeno della pregiudizialità, che è da essa considerato. Tale profilo, come risulta evidente, è quello della competenza del giudice a risolvere il gruppo di questioni pregiudiziali.

⁽¹⁹⁾ Art. 7.

⁽²⁰⁾ R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840.

⁽²¹⁾ Cfr. la ricca giurisprudenza riportata da GRANITO, *Della competenza a decidere le questioni pregiudiziali o incidentali di diritto soggettivo, sorte davanti l'autorità giurisdizionale amministrativa*, in Riv. dir. pubbl., 1924, I, 534 ss.

⁽²²⁾ Vedila riportata da GRANITO, *Della competenza, etc.*, cit., in Riv. dir. pubbl., 1924, I, 546 ss.

ziali, che la norma disciplina; l'aspetto del fenomeno, che attiene, viceversa, all'efficacia della relativa decisione, è accennato in modo puramente secondario e consequenziale.

Le ragioni di carattere pratico, che si sono prima indicate, le quali hanno spinto il legislatore ad emanare la disposizione che si esamina, spiegano assai chiaramente come mai il fenomeno della pregiudizialità sia stato considerato sotto il profilo della determinazione del giudice competente a risolvere alcune questioni pregiudiziali; ciò non di meno, non possiamo non richiamare le considerazioni sopra svolte, sulla preminenza della rilevanza del profilo dell'efficacia della decisione relativa, per osservare come l'angolo visuale scelto dal legislatore non sia il più adatto a cogliere l'essenza del fenomeno che qui interessa.

Disciplinando il fenomeno della pregiudizialità dal punto di vista indicato, la norma precisa, anzitutto, il suo campo generico di applicazione; tale precisazione, però, avviene in forma non tecnica, e perciò, non troppo felice. La disposizione, infatti, si riferisce alle questioni pregiudiziali « ... relative a diritti... »; se questa espressione fosse presa alla lettera, l'art. 28 dovrebbe essere applicato alle sole ipotesi in cui si fa questione di una situazione di diritto soggettivo.

Per contro, dal tenore dell'art. 28, dalla sua *ratio*, dalla sua *sedes materiae*, non pare assolutamente dubbio che la norma in esame ha inteso disciplinare tutte le questioni pregiudiziali, le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, apparterebbero alla competenza del giudice ordinario civile. È senz'altro assai difficile determinare con esattezza la varietà di questioni le quali possono costituire l'oggetto del giudizio nel processo civile; ma anche senza tentare neppure l'impostazione di un simile problema, di ben ardua soluzione, si può facilmente affermare che non tutte le questioni del genere vertono su diritti soggettivi; e, del resto, le ipotesi di questioni, la cui conoscenza è riservata all'autorità giudiziaria ordinaria, che sono espressamente previste dalla disposizione che si esamina, sembrano non

avere un collegamento, almeno diretto, con tali diritti: la questione di falsità di un documento, le questioni concernenti la capacità e lo stato delle persone.

Avendo precisato che la portata dell'art. 28 è più ampia di quella che sarebbe rilevabile dalla sua dizione letterale, in seguito si può fare senz'altro riferimento, però, per ragioni di sinteticità, all'espressione in esso contenuta, di cui ormai si conosce il valore.

Ad ogni modo, la ripartizione di competenze tra il giudice civile e quello amministrativo, per la decisione delle questioni indicate, che sorgessero in via pregiudiziale nel processo amministrativo, è compiuta attraverso l'enunciazione del noto principio generale, dell'attribuzione di tale competenza al giudice amministrativo, e l'indicazione di alcune eccezioni a questo principio.

Il primo problema che ci si può porre, in relazione all'attribuzione in parola, riguarda l'effettiva portata normativa della disposizione che si esamina. Infatti, non vi è dubbio che, sulla base della nozione tecnica di oggetto del giudizio, e delle sue implicazioni, l'interprete deve arrivare alla stessa attribuzione di competenza al giudice amministrativo, anche se, per avventura, l'art. 28 non fosse stato mai scritto; e le incertezze le quali, come si è visto, sussistevano al riguardo, potevano essere spiegate solo con l'insufficiente elaborazione della nozione di oggetto del giudizio.

Sotto questo profilo, la portata normativa della disposizione in esame sembrerebbe essere nulla; e, invero, l'unica possibilità di valutarla in modo diverso, la si può avere solo se si considera l'art. 28 come l'elemento testuale, sul quale si può fondare, anche per il processo amministrativo, la distinzione tra oggetto dell'accertamento giudiziale in senso tecnico, e oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali: in tale ipotesi, la rilevanza di questo articolo non sarebbe limitata alla disciplina di un aspetto secondario del processo amministrativo, ma, al con-

trario, esso acquisterebbe la funzione di una delle norme-chiave dell'intero sistema.

Ad ogni modo, sembrerebbe che l'attribuzione al Consiglio di Stato della competenza a risolvere le questioni pregiudiziali di carattere civile, nel suo chiarissimo fondamento dogmatico, fosse una disposizione la quale, una volta individuata nei suoi limiti, non potesse dar luogo a difficoltà di applicazione; invece, talvolta può riuscire non facile, determinare l'applicabilità ad un singolo caso concreto, dell'art. 28; e ciò, perchè non sempre è chiarissimo, quando una questione che abbia per oggetto diritti soggettivi perfetti, si presenti legata col nesso di pregiudizialità, alla soluzione della questione principale, almeno così come ambedue sono articolate nella domanda di parte.

Prima ancora di esaminare in che modo l'individuazione del carattere pregiudiziale della questione sul diritto soggettivo, possa dar luogo a difficoltà, converrà precisare più in dettaglio l'ipotesi cui l'art. 28 è applicabile.

Perchè la questione che verte sul diritto soggettivo possa considerarsi pregiudiziale nel processo amministrativo, è necessario, ovviamente, che la sua soluzione condizioni l'accertamento che concerne l'oggetto del giudizio; ossia, che la sua soluzione condizioni la soluzione della questione della legittimità dell'atto impugnato⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Cfr. i seguenti casi, nei quali la questione vertente su un diritto soggettivo, prospettata dal ricorrente come pregiudiziale rispetto a quella della legittimità dell'atto impugnato, è stata ritenuta, invece, dal Consiglio di Stato, come irrilevante: in sede di impugnativa di un provvedimento per la tutela di strade o terreni demaniali, emanato ex art. 378 della legge sui lavori pubblici, il ricorrente aveva sostenuto la illegittimità dell'atto, sostenendo che esso era carente di presupposto, giacchè tali strade o terreni non avevano carattere demaniale, ma, al contrario, erano di sua proprietà; perciò, il ricorrente stesso chiedeva che il giudice amministrativo decidesse la questione, definita pregiudiziale, su tale diritto di proprietà, applicando l'art. 28; il Consiglio di Stato, invece, ha negato che la illegittimità dell'atto potesse derivare dalla proprietà privata delle strade e dei terreni, nei cui confronti era stato emanato l'atto impugnato, giacchè la legittimità dei provvedimenti di tale tipo è condizionata, oltre che alla turbativa dello stato di fatto, al solo uso pubblico delle strade e

In quali casi si possa individuare un nesso del genere, può essere determinato facendo riferimento al fenomeno sostanziale dell'illegittimità dell'atto amministrativo. Poichè, per definizione, è illegittimo l'atto, il quale viola una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, e non di diritto soggettivo, è evidente che, nell'ipotesi che interessa, la questione concernente il diritto soggettivo non può mai acquistare una rilevanza immediata, nel senso che essa sia sorta al fine di stabilire se l'atto ha violato il diritto, ma, al contrario, deve svolgere un ruolo di diversa portata.

Se si vuole rintracciare, sul piano sostanziale, un collegamento tra l'illegittimità dell'atto amministrativo, e la questione vertente su un diritto soggettivo, nell'ampio significato con cui questa espressione è intesa dall'art. 28, gioverà richiamare le considerazioni che si sono precedentemente svolte, sugli schemi attraverso i quali procede l'illegittimità stessa⁽²¹⁾; sulla base di quanto allora abbiamo avuto occasione di osservare, è facile notare che tale collegamento può essere delineato in un unico modo: ossia, nel senso che l'esercizio del potere della pubblica Amministrazione, talvolta, può essere vincolato, positivamente, o anche negativamente, alla sussistenza di una determinata situazione giuridica di carattere sostanziale, la quale possa costituire oggetto del giudizio, in un processo civile; ecco, dunque, che la questione sulla sussistenza effettiva di tale situazione giuridica, acquista carattere pregiudiziale rispetto alla questione della

dei terreni stessi; la questione sul diritto di proprietà di questi era, perciò, del tutto irrilevante (V sez., 29 dicembre 1930, in *Foro it.*, 1931, III, 1, con rilievi critici di U. F.; V sez., 18 aprile 1931, *ivi*, 1931, III, 177).

Analogamente, è stata affermata la irrilevanza della questione vertente sul diritto di proprietà su una strada vicinale, per la valutazione della legittimità di una ordinanza podestarile di *reductio in pristinum* di questa, giacchè il solo presupposto di tale provvedimento, secondo l'art. 20 della legge 20 marzo 1865, all. F, sulle opere pubbliche, è costituito dalla iscrizione della strada vicinale nell'elenco delle strade vicinali sottoposte a servitù pubblica (V sez., 21 giugno 1946, in *Foro it.*, 1947, III, 13).

⁽²⁴⁾ Cfr., *supra*, pag. 308 ss.

legittimità dell'atto impugnato: è questa l'ipotesi tipica, alla quale si deve applicare il principio di cui all'art. 28 (25).

(25) Cfr. le seguenti ipotesi, per la soluzione delle quali si è fatto riferimento all'art. 28:

a) in sede di impugnazione di un provvedimento prefettizio, col quale veniva negata l'autorizzazione all'esercizio di una farmacia, motivato con l'invalidità del contratto civilistico di trasferimento della farmacia stessa, il ricorrente ha dedotto la erroneità di questo presupposto, e il travisamento dei fatti, in quanto tale contratto sarebbe stato valido; il Consiglio di Stato, in base all'art. 28, è stato ritenuto competente a risolvere la questione pregiudiziale relativa alla validità del contratto (Cass., sez. un., 27 aprile 1951, n. 1029, in *Foro amm.*, 1951, II, 132);

b) in sede di impugnazione di un provvedimento di costituzione di una riserva di caccia, basato sul presupposto della costituzione di un consorzio formato a tal fine, il ricorrente deduceva la invalidità di tale costituzione; il Consiglio di Stato è stato ritenuto competente a decidere sulla questione (Cass., sez. un., 23 luglio 1936, n. 2695, in *Giur. it.*, 1936, I, 1, 878, con nota redazionale adesiva; da notare che, nella fattispecie, il motivo per cui il ricorrente affermava che il consorzio non era stato validamente costituito, era che egli non vi aveva prestato la propria adesione, benchè fosse proprietario di un fondo sottoposto successivamente al vincolo di riserva dal provvedimento amministrativo);

c) in sede di impugnazione di un provvedimento di costituzione di un consorzio per strade vicinali, il Consiglio di Stato si è ritenuto competente a risolvere la questione pregiudiziale, relativa alla effettiva natura pubblica di tali strade, natura, che è il presupposto indispensabile per la costituzione di ufficio del consorzio stesso (V. sez., 3 marzo 1942, in *Giur. it.*, 1943, III, 23; cfr. anche: V. sez., 21 luglio 1950, n. 890, *Riv. amm.*, 1950, 643);

d) in sede di impugnazione di un provvedimento di costituzione di un consorzio per le strade vicinali, il quale presuppone l'adesione dei suoi membri, il Consiglio di Stato si è ritenuto competente a conoscere della questione della validità (secondo le norme civilistiche), di tali adesioni (V. sez., 28 febbraio 1941, n. 139, in *Foro amm.*, 1941, I, 2, 105).

In queste ipotesi sembra che, alla luce delle considerazioni svolte nel testo, l'art. 28 abbia avuto una retta applicazione.

È da ricordare, però, un altro caso assai interessante: il ricorrente aveva impugnato in sede giurisdizionale una licenza di sopraelevazione, concessa ad un vicino; questi, aveva eccepito la carenza di interesse del ricorrente, giacchè tra le parti era intercorsa una convenzione di carattere privato, in base alla quale il primo era stato autorizzato dal secondo ad effettuare la sopraelevazione in parola; il Consiglio di Stato si è dichiarato competente a conoscere incidentalmente della questione concernente la validità di tale convenzione (IV sez., 6 agosto 1926, n. 427, in *Foro amm.*, 1926, I, 1, 434); l'interesse della fattispecie è da ravvisarsi nella circostanza, per cui la questione di carattere civile, non si poneva come pregiudiziale alla questione di merito, della legittimità dell'atto impugnato, ma, viceversa, costituiva l'antecedente logico per la soluzione di una questione mera-

D'altra parte, come si è accennato, non sempre è facile stabilire se, nella fattispecie concreta considerata, ricorra o meno questa ipotesi; e la possibilità di confusione si ha proprio nel caso in cui l'atto amministrativo non sia illegittimo, ma violi un diritto soggettivo perfetto; ossia, secondo una notissima terminologia, sia illecito.

La confusione può derivare dalle seguenti circostanze: anche nel caso in cui l'atto amministrativo sia illecito, esso si presenta come disforme dalla norma, e anche in questo caso, tale disformità è collegata, in un certo senso, ad una questione avente per oggetto un diritto soggettivo, pur avendo questo collegamento lineamenti ben diversi da quello sopra tratteggiato; ora può darsi che, in pratica, non di rado, il titolare del diritto soggettivo violato dalla pubblica Amministrazione, ricorra in via giurisdizionale amministrativa, affermando che l'atto amministrativo è disforme dalla norma, e, più precisamente, è illegittimo, in quanto viola un proprio interesse legittimo, non meglio identificato; e, d'altra parte, supera l'ostacolo derivante dalla connessione di tale disformità, con la violazione di una sua situazione giuridica avente il carattere di diritto soggettivo, configurando tale violazione, non già come l'effetto giuridico che egli vuole eliminare, ma solo come la causa di quella disformità dalla norma dell'atto di cui si duole; avendo prospettato così il legame tra violazione del diritto soggettivo vantato, e disformità dalla norma dell'atto, è evidente che la questione vertente sul-

mente processuale; ciò sembra essere la riprova, che anche nell'ambito degli accertamenti concernenti le questioni meramente processuali, sia delineabile, sia pure con caratteri del tutto *sui generis*, un nesso di pregiudizialità, come si è accennato precedentemente (cfr., *supra*, pag. 125, 126).

Per altri casi di applicazione dell'art. 28, in cui, quindi, era possibile distinguere tra la questione pregiudiziale vertente sui diritti soggettivi, e l'oggetto del giudizio, costituito dalla legittimità dell'atto, v., tra le altre: V. sez., 9 aprile 1932, in *Foro amm.*, 1932, I, 2, 137; tale decisione è stata cassata da Cass., sez. un., 16 aprile 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 1, 506, con nota critica di L. M.; v., anche, V. sez., 13 giugno 1953, n. 356, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1953, I, 532).

l'esistenza, e sulla violazione del diritto soggettivo viene distaccata dall'oggetto del giudizio, e delineata come meramente pregiudiziale; perciò, la via è libera alla richiesta di applicazione dell'art. 28.

È evidente che, sotto questo profilo, la qualificazione della questione vertente su diritti soggettivi, come meramente pregiudiziale, oppure la negazione di tale qualificazione, costituisce un'alternativa, che incide sulla stessa discriminazione di giurisdizioni tra il giudice ordinario e quello amministrativo; ecco, dunque, che al problema della distinzione tra questione pregiudiziale e oggetto del giudizio, si aggiunge e, anzi, si sovrappone quello di tale discriminazione; ed è ben noto quante e quali complicazioni comporti questo allargamento di prospettiva.

Talvolta, la giurisprudenza ha tentato di chiarire il punto, sulla base del generale criterio di discriminazione tra le due giurisdizioni, che è da essa sostenuto; quel criterio, cioè, che trova il suo fondamento sulla distinzione dell'oggetto della contestazione: l'esistenza stessa del potere della pubblica Amministrazione, di cui l'atto costituisce l'esercizio, oppure la sola legittimità di tale esercizio. Applicando tale criterio al problema in esame, è stato affermato che è competente il giudice ordinario, tutte le volte che l'esistenza del diritto soggettivo di cui si tratta, costituisce la condizione di esistenza del potere esercitato dalla pubblica Amministrazione; al contrario, è competente il giudice amministrativo, tutte le volte in cui il diritto è solo condizione di legittimità di questo esercizio.⁽²⁶⁾

Può darsi che l'accennata applicazione sia esatta; e, anzi, sicuramente essa è esatta, almeno in parte, quando configura il diritto soggettivo di cui si fa questione, nell'ipotesi in cui l'articolo 28 è rettamente applicabile, come condizione di legittimità dell'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione. Ma, ad ogni modo, tale applicazione è esatta, nei limiti

⁽²⁶⁾ In questo senso, esplicitamente, v., soprattutto: IV sez., 18 gennaio 1952, n. 18, in *Foro it.*, 1952, III, 202.

in cui è esatto il criterio generale stesso, di discriminazione tra le giurisdizioni civile e amministrativa, che è comunemente affermato dalla giurisprudenza, malgrado le note perplessità di parte della dottrina. Comunque, l'applicazione di tale criterio all'ipotesi in esame appare di scarsa utilità, in quanto esso non è adattabile alle particolarità del caso, non chiarendo quando, in concreto, ricorrano gli estremi per l'applicabilità dell'art. 28, ossia, quando la questione che verte su un diritto soggettivo, abbia veramente carattere pregiudiziale.

Il problema, perciò, deve essere risolto sulla base della distinzione tra l'ambito della pregiudizialità, e i limiti dell'oggetto del giudizio; e se si è già indicato l'atteggiarsi del diritto soggettivo, nei confronti della legittimità dell'atto amministrativo, quando la questione su quello, è veramente pregiudiziale, rispetto all'accertamento di questa, occorre completare il ragionamento, mostrando che, nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo sia illecito, la questione sull'esistenza, o sulla lesione del diritto soggettivo, non è affatto pregiudiziale, rispetto all'accertamento della conformità dell'atto alla norma.

Infatti, se si configura l'illiceità come il modo di essere dell'atto amministrativo, che viola un diritto soggettivo, essa deriva dalla non conformità di tale atto, alla norma dalla quale scaturisce il diritto stesso. Si possono applicare al caso in esame, allora, i rilievi già svolti a proposito del fenomeno simmetrico, dell'illegittimità dell'atto, notando come violazione del diritto soggettivo, e illiceità dell'atto, non possono essere poste in un rapporto di causa-effetto, comunque orientato; e, del resto, se si affermasse, come talvolta accade, che l'atto è illecito, perchè viola il diritto soggettivo, si potrebbe rispondere che il diritto soggettivo è violato, perchè l'atto è illecito. Violazione del diritto e illiceità dell'atto, possono essere valutate solo come due profili di un effetto, o, se si vuole, come due effetti, di un'unica causa: la non conformità dell'atto, alla norma dalla quale scaturisce il diritto soggettivo.

Per tali ragioni, la questione sulla violazione del diritto soggettivo non può mai essere pregiudiziale; infatti, nell'ipotesi in cui l'atto sia illecito, il titolare del diritto violato deve adire l'autorità giudiziaria ordinaria, ma, nel processo civile, l'oggetto del giudizio è proprio collegato con la violazione del diritto soggettivo.

Ma se il privato qualifica erroneamente la situazione giuridica violata dall'atto amministrativo come un interesse legittimo, e impugna l'atto davanti alla giurisdizione amministrativa, affermando che esso è illegittimo, è del tutto artificioso configurare la questione che verte sul diritto soggettivo, come meramente pregiudiziale a quella che costituisce l'oggetto del giudizio; infatti, non è che l'illiceità dell'atto, configurata dal ricorrente come illegittimità, sia causata dalla violazione del diritto soggettivo, nè, d'altra parte, l'innegabile disformità dalla norma dell'atto stesso deriva da questa violazione, perchè, al contrario, è questa effetto di quella.

Talvolta, tale artificiosa configurazione è stata sostenuta ⁽²⁷⁾;

⁽²⁷⁾ Cfr. i seguenti casi:

a) un decreto ministeriale, richiamandosi all'art. 4 della L. 19 dicembre 1940, n. 1994, riguardante il trattamento dei beni di sudditi nemici, aveva disposto il deposito presso la Banca d'Italia, di certi titoli azionari, che, si affermava, appartenevano a suddita tedesca. Il provvedimento era stato impugnato dall'acquirente *medio tempore* di tali titoli, deducendo il trapasso di proprietà, che era già avvenuto, malgrado che la relativa trascrizione non fosse stata effettuata, a causa del blocco dei titoli stessi; il ricorrente, perciò, chiedeva, in via incidentale, l'accertamento del proprio diritto di proprietà, e in via principale, l'annullamento dell'atto amministrativo. Il Consiglio di Stato ha affermato la propria incompetenza, e la competenza del giudice ordinario, giacchè la titolarità del diritto di proprietà sui beni di cui si ordina il deposito, sarebbe condizione di esistenza, e non di legittimità di esercizio, del potere della pubblica Amministrazione di ordinare il deposito stesso (IV sez., 18 gennaio 1952, n. 18, in *Foro it.*, 1952, III, 202); come si è visto nella nota precedente, questa motivazione non appare puntuale; essa, comunque, deve ricollegarsi alla nota tendenza giurisprudenziale, secondo la quale il diritto soggettivo del privato sussisterebbe, là dove mancherebbe il potere della pubblica Amministrazione (su tale giurisprudenza, v. le citazioni che abbiamo avuto occasione di fare in altra sede nelle nostre: *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 343, 344). Ad ogni modo, è chiaro che in tanto la

ma, a tacere dell'inaccettabile qualificazione della situazione giuridica soggettiva, che si pretende essere stata violata dall'atto, si può notare come vi siano dei sintomi infallibili, che rivelano l'artificio; infatti, nell'ipotesi in cui è applicabile l'art. 28, il diritto soggettivo di cui si fa questione, non è mai dedotto per sostenere la sua violazione da parte dell'atto, come, invece, accade nell'ipotesi di illiceità di questo, ma, al contrario, è dedotto per

declaratoria di incompetenza del Consiglio di Stato appare giustificata, in quanto il ricorrente abbia fatto valere la propria titolarità del diritto di proprietà, non come affermazione della carenza di presupposto dell'atto amministrativo, ma per dedurre che questo atto ha violato il suo diritto;

b) impugnazione da parte di un membro di una deputazione provinciale, di un decreto prefettizio di scioglimento della deputazione stessa, motivato con la scadenza del quadriennio, la quale sia stata basata sulla affermazione della erroneità del computo del tempo; il Consiglio di Stato ha ritenuto che il ricorrente avesse dedotto la illegittimità dell'atto amministrativo, in quanto questo avrebbe leso il diritto soggettivo del privato, al mantenimento della carica; rettamente è stato ritenuto che la questione sulla sussistenza e sulla violazione di questo diritto non è pregiudiziale, ma al contrario, è da ricollegarsi con l'oggetto stesso del giudizio; per tale ragione, competente a conoscere della controversia è l'autorità giudiziaria ordinaria (IV sez., 25 ottobre 1950, n. 518, in *Foro it.*, 1950, III, 272);

c) impugnazione di una ordinanza podestarile, ex art. 378 della legge sui lavori pubblici, basata sulla affermazione che il terreno di cui si tratta apparterebbe al ricorrente, e non ha, perciò, natura demaniale; poichè la illegittimità (*rectius*: illiceità) dell'atto, era collegata con la violazione del diritto di proprietà, rettamente è stato ritenuto che la questione sul diritto soggettivo non avesse carattere pregiudiziale, ma si confondesse con l'oggetto stesso del giudizio; la competenza sulla controversia, perciò, è dell'autorità giudiziaria ordinaria (V sez., 29 novembre 1930, *Foro it.*, 1931, III, 1, già citata *supra*, alla nota 23, pag. 414, perchè nella motivazione di essa è detto che la sussistenza del diritto soggettivo del privato non può acquistare rilevanza per la illegittimità (esattamente intesa) dell'atto impugnato, neppure sotto il profilo della carenza di presupposto di questo, ossia del carattere demaniale del terreno, giacchè tale carattere non è condizione di legittimità dell'atto);

d) caso analogo al precedente: impugnazione di una ordinanza podestarile di restituzione di un terreno demaniale, che era stata basata sulla circostanza che il terreno stesso, viceversa, apparteneva al ricorrente; questi, aveva articolato il ricorso, affermando che l'atto era illegittimo, perchè violava il suo diritto di proprietà, e perciò aveva prospettato la questione su tale diritto, come meramente pregiudiziale; il Consiglio di Stato ha osservato che la questione della illegittimità (*rectius*: illiceità dell'atto), e la questione su tale diritto, erano coincidenti, dichiarando, perciò, la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (V sez., 23 agosto 1934, in *Foro it.*, 1935, III, 61).

argomentare la lesione di una diversa situazione giuridica soggettiva del ricorrente: l'interesse legittimo che risulta dalla norma, che vincola l'esercizio del potere, alla sussistenza del diritto soggettivo stesso. Oppure, delineando la distinzione sotto un diverso profilo, si può rilevare come nel caso al quale è applicabile l'articolo 28, la norma che si pretende violata dall'atto impugnato, non è mai quella da cui scaturisce il diritto soggettivo di cui si fa questione, come nel caso in cui l'atto stesso sia illecito, ma è quella che vincola l'esercizio del potere, alla sussistenza del diritto.

Pur essendo nettissima la distinzione tra le due ipotesi delineate, non si può negare, però, come esse interferiscano in qualche caso. Infatti, quando una norma vincola positivamente o negativamente l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, alla sussistenza di una determinata situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo, può darsi, talvolta, che l'esercizio di questo potere, carente tale presupposto, violi non solo tale norma, ma anche una norma diversa: quella, dalla quale è tutelato il diritto soggettivo; ossia, può darsi che, in questi casi, l'atto amministrativo non solo violi la situazione giuridica di interesse legittimo, che scaturisce dalla prima norma, ma anche quella di diritto soggettivo, che deriva dalla seconda.

Questi casi sono da ricollegarsi con quel fenomeno della doppia tutela di diritti e di interessi, lesi da una stessa attività amministrativa, il quale è stato particolarmente studiato dalla più recente dottrina⁽²⁸⁾.

Tale fenomeno postula la nozione della relatività delle situazioni di diritto e di interesse, la quale è da ricollegarsi con la duplicità di profili sotto i quali può valutarsi la tutela che l'ordinamento giuridico accorda ad una data posizione del privato:

(28) Cfr. la letteratura che abbiamo citato in *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni*, cit., in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 341, 342, e in *Osservazioni sulla impugnativa dei regolamenti*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 926, nota 108).

«... uno stesso ed identico rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, a seconda dei casi e dei momenti e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere (si intende non ad arbitrio ma servendosi di elementi obiettivi), ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto solo di riflesso»⁽²⁹⁾.

Nei casi in esame, il soggetto ha la scelta della situazione giuridica che intende tutelare, e, conseguentemente, del tipo di tutela, a questa corrispondente, che può esperire; si entra in un campo, cioè, in cui la prospettazione che il privato dà alla propria domanda è non solo ammissibile, ma addirittura determinante per individuare tale tipo di tutela⁽³⁰⁾. Segue da ciò, che in tali casi non si può escludere che, secondo l'articolarsi delle affermazioni della parte, e secondo la situazione giuridica sostanziale che essa fa valere, la questione che verte sul diritto soggettivo, talvolta, si riconnetta con l'oggetto del giudizio (ipotesi in cui si fa valere la violazione del diritto soggettivo, naturalmente davanti all'autorità giudiziaria ordinaria); tal'altra, abbia carattere meramente pregiudiziale (ipotesi in cui si fa valere l'interesse legittimo, naturalmente davanti alla giurisdizione amministrativa)⁽³¹⁾.

(29) MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 61.

(30) Sotto questo profilo, non vi è dubbio che la validità della configurazione della domanda di parte, deve essere sempre accettata, anche dopo che la giurisprudenza si è orientata in senso contrario alla c.d. teoria della prospettazione; sui rapporti tra tale teoria, e il problema in esame, cfr. i rilievi che già svolgemmo in: *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni*, cit., in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 339 ss.

(31) Nel fenomeno indicato nel testo, possono essere ricomprese, anzitutto, alcune delle fattispecie cui si è accennato nelle precedenti note n. 25 e n. 27; inoltre, la possibilità della doppia tutela pare sussistere, in particolare, per le seguenti fattispecie:

a) questione sulla esistenza, e sulla eventuale decadenza di una licenza edilizia, sorta in sede di impugnazione di una ordinanza sindacale di sospensione dei lavori; il Consiglio di Stato ha affermato che dalla licenza edilizia deriva un diritto soggettivo perfetto, ma che su di esso è competente a decidere, per l'art. 28, il giudice amministrativo, perchè la mancanza dello *ius aedificandi* è condizione di legittimità della ordinanza di sospensione, e, perciò, l'accertamento della sua sussistenza è pregiudiziale all'accertamento della illegittimità di questa

Dall'amplissima formulazione dell'art. 28, si può facilmente dedurre, infine, che, al di fuori delle eccezioni al prin-

(V sez., 24 maggio 1957, n. 340, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 788); è da notare, però, che se si attribuisce al titolare della licenza edilizia un diritto soggettivo, l'ordinanza di sospensione dei lavori lo viola, e perciò, la questione può anche essere portata davanti all'autorità giudiziaria ordinaria;

b) questione della qualificazione di una farmacia come legittima, o solo autorizzata, rispetto alla questione di legittimità del provvedimento, col quale il Prefetto mette a concorso la farmacia stessa; la qualificazione della farmacia involge senz'altro una questione di diritto soggettivo, ma inesattamente è stata affermata la impossibilità di distinzione tra di essa, e la questione che costituisce l'oggetto del giudizio (Cass., sez. un., 4 giugno 1957, n. 2026, in *Foro it.*, 1957, I, 1635); infatti, tale qualificazione attiene a quello che può essere definito come un presupposto dell'atto impugnato, e perciò è possibile configurare la questione sul diritto soggettivo, come pregiudiziale alla questione della conformità dell'atto alla norma, che vincola l'esercizio dell'atto, alla sussistenza del presupposto.

E ancora:

c) se un decreto prefettizio di occupazione di un immobile è basato su un accordo del privato che ha promosso l'espropriazione, con il proprietario dell'immobile, per la cessione gratuita di questo, sotto determinate condizioni, la inesistenza o la invalidità di questo accordo può essere fatta valere per dedurre la carenza di presupposto del provvedimento, o la lesione del diritto di proprietà (nel senso che il Consiglio di Stato può conoscere pregiudizialmente della inesistenza o della invalidità dell'accordo, v.: IV sez., 15 dicembre 1934, in *Foro it.*, 1935, III, 155, con rilievi critici di U. F., sotto il profilo che tale questione riguarda anche terzi estranei al giudizio amministrativo (sul punto, v., *infra*, nel testo); la stessa decisione è invece annotata favorevolmente da F. C., in *Giur. it.*, 1935, III, 170);

d) se un provvedimento di vincolo per interessi artistici di certi arazzi è basato sul presupposto della qualità di immobile per destinazione degli arazzi stessi, la soluzione della questione concernente la effettiva sussistenza di tale qualità può essere profilata come pregiudiziale all'accertamento della illegittimità del provvedimento per carenza di presupposto, ma può anche essere ricollegata, sembra, alla violazione del diritto di proprietà (nel senso che il Consiglio di Stato è competente a conoscere in via pregiudiziale di tale questione, ove la qualità di immobili per destinazione sia considerata come condizione di legittimità dell'atto di vincolo degli arazzi, v.: IV sez., 27 luglio 1933, in *Foro it.*, 1934, III, 130, confermata da Cass., sez. un., 16 luglio 1936, n. 2536, in *Foro it.* 1936, I, 1123, e in *Giur. it.*, 1936, I, 1, 721, con nota redazionale adesiva; su questa materia, v., in genere, lo scritto del CALAMANDREI: *Competenza dell'autorità giudiziaria in tema di immobili per destinazione artistica*, ripubblicato in *Studi sul processo civile*, cit., vol. III, pag. 253 ss.; a pag. 262 è richiamata la decisione del Consiglio di Stato);

e) in sede di impugnazione di un provvedimento dell'intendente di finanza, di autorizzazione alla procedura esecutiva per un debito di imposta, è stata sollevata la questione della prescrizione del debito stesso; è stato deciso che tale questione poteva essere risolta in via pregiudiziale dal giudice amministrativo, in

cipio generale previste nella stessa norma, il giudice amministrativo può in ogni caso risolvere incidentalmente le questioni

quanto la sussistenza del debito deve essere considerata come condizione di legittimità del provvedimento di autorizzazione (V sez., 14 ottobre 1941, n. 576, in *Foro amm.*, 1942, I, 2, 18; nella ipotesi, la questione era di puro diritto civile, in quanto si trattava di stabilire se nella fattispecie ricorrevano gli estremi di un atto interruttivo della prescrizione); d'altra parte, sembra che il soggetto poteva benissimo far valere una violazione di un diritto soggettivo;

f) in tutti i casi in cui si ricorre contro un provvedimento di tutela di beni demaniali, la sussistenza del diritto di proprietà privata sul bene cui l'atto si riferisce, può essere fatta valere come causa di illegittimità dell'atto per carenza di presupposto, ma anche essere ricollegata alla illiceità dell'atto (oltre alle decisioni citate nelle note precedenti, nel senso della competenza del giudice amministrativo a conoscere della questione della proprietà sul bene, in via pregiudiziale, v.: V sez., 21 luglio 1950, n. 890, in *Foro amm.*, 1950, I, 2, 366, e in *Arch. giur.*, 1950, 1039 con nota adesiva di SOPRANO; V sez., 20 ottobre 1951, n. 1286, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1951, pag. 1207; Csi., 26 giugno 1957, n. 41, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 850);

g) molto interessante, infine, è la fattispecie seguente: Tizio è locatario *iure privato* di un immobile di proprietà della pubblica Amministrazione; una ordinanza podestarile gli ordina lo sgombero in via amministrativa, minacciando l'esecuzione *manu militari*; il locatario impugna l'ordinanza davanti al Consiglio di Stato, sostenendo la mancanza del presupposto al quale, evidentemente, era legata l'ordinanza di sgombero in via amministrativa, giacchè egli, al contrario, deteneva l'immobile in base a regolare contratto privatistico di locazione, e tale contratto era stato prorogato dalla nota legislazione vincolistica; il Consiglio di Stato, ricollegando la sussistenza di tale rapporto, ad un vizio attinente ai presupposti dell'atto, ha affermato la propria competenza a conoscere, in via pregiudiziale, della questione relativa al contratto di locazione (V sez., 11 maggio 1943, n. 226, in *Foro amm.*, 1943, I, 2, 136); questa decisione è stata però cassata (Cass., sez. un., 29 gennaio 1946, in *Giur. it.*, I, 1, 182), sulla base dalla considerazione che l'oggetto del giudizio è costituito dalla violazione del diritto soggettivo perfetto scaturente dal contratto e dalla relativa proroga: perciò l'unico giudice competente sarebbe stata l'autorità giudiziaria ordinaria. Questo ragionamento non pare convincente: infatti, è esatto che il privato, se avesse scelto la strada indicata dalla Cassazione, avrebbe potuto far valere la violazione del proprio diritto soggettivo, compiuta dalla pubblica Amministrazione; ma questa non era la sola possibilità che gli si apriva: egli, infatti, poteva adire, come effettivamente fece, il giudice amministrativo, deducendo il rapporto privatistico per negare la esistenza del rapporto pubblicistico, che costituisce il presupposto dell'atto amministrativo; così esattamente decise il Consiglio di Stato, e in questo senso è la limpida nota critica alla sentenza della Suprema Corte, del GUCCIARDI, dove la relatività delle situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, e la conseguente doppia tutela giurisdizionale della posizione del privato, sono delineate in modo chiarissimo (« *Causa petendi* » e « *petitum* » dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 182).

pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, ricadrebbero nella competenza del giudice civile; s'intende, a meno che tali questioni non siano state già decise con forza di giudicato da questo giudice, in un processo che si è svolto in modo indipendente da quello amministrativo.

In particolare, nessun ostacolo alla cognizione incidentale da parte del Consiglio di Stato delle questioni suddette, può derivare dalla circostanza per cui, se esse costituissero autonomo oggetto del giudizio, il relativo processo dovrebbe svolgersi anche tra soggetti che non sono parti del processo amministrativo.

Nella prima parte del presente lavoro, si è già accennato, infatti, che, in genere, il giudice della causa pregiudicata può sempre risolvere le questioni pregiudiziali, anche aventi per oggetto un rapporto che intercorre tra soggetti diversi di quelli che sono parti nel processo, e ciò, perchè la soluzione della questione pregiudiziale non acquista forza di giudicato, e rileva solo ai fini della ricostruzione della fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudice⁽³²⁾; tali ragioni valgono, evidentemente, anche per il processo amministrativo, e, invero, il Consiglio di Stato ha senz'altro risolto questioni pregiudiziali che presentavano il carattere in esame⁽³³⁾, malgrado che in dottrina si siano manifestate perplessità al riguardo⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Cfr., *supra*, pag. 181 ss., e nota 217.

⁽³³⁾ Per esempio, nel caso riportato nella nota 25, in cui era stato impugnato un provvedimento di costituzione di ufficio di un consorzio di strade vicinali, sostenendo che esso era carente del presupposto, consistente nella natura pubblica di una di tali strade, il ricorrente non era il proprietario della strada in questione, che, si affermava, sarebbe appartenuta *iure privato* ad un terzo; pure, il Consiglio di Stato ha senz'altro risolto la questione pregiudiziale vertente sul carattere pubblico di tale strada (V sez., 3 marzo 1942, in *Giur. it.*, 1943, III 23).

⁽³⁴⁾ Cfr. le osservazioni di U. F., alla decisione citata nella nota che segue, secondo le quali il Consiglio di Stato non sarebbe competente a risolvere le questioni pregiudiziali vertenti su diritti soggettivi, se esse, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, dovrebbero essere decise in un processo, di cui non tutte le parti sono presenti nel processo amministrativo; in ciò si dovrebbe vedere un limite al principio della competenza del giudice amministrativo, che si dovrebbe aggiungere alle eccezioni di tale principio, già previste espressamente dall'art. 28.

Problema diverso è quello che concerne l'opportunità di sospendere il giudizio amministrativo, quando si verifica tale ipotesi, e davanti all'autorità giudiziaria ordinaria già pende il processo che ha per oggetto del giudizio la questione pregiudiziale, tra le parti a questo legittimate; nel senso affermativo si è pronunciato il Consiglio di Stato⁽³⁵⁾; evidentemente, tale soluzione non potrebbe essere accolta, però, se si nega al giudice amministrativo il potere di sospensione del processo, per attendere la decisione della questione pregiudiziale, che costituisce l'oggetto del giudizio in altro processo, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge⁽³⁶⁾.

ECCEZIONI

31. Come è noto, l'art. 28, dopo avere enunciato il principio generale di cui si è detto nel paragrafo precedente, stabilisce alcune eccezioni ad esso; ossia, riserva in ogni caso all'autorità giudiziaria ordinaria, la cognizione su «... l'incidente di falso, e le questioni concernenti lo stato e la capacità di privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio».

Certamente, le maggiori difficoltà di esegesi della norma in esame, concernono proprio tali eccezioni, se si prescinde dal disegno dei lineamenti dogmatici del fenomeno della pregiudizialità, che è indispensabile tratteggiare per comprendere il principio generale anzidetto.

Infatti, la *ratio*, e, quindi, i limiti della riserva all'autorità giudiziaria della cognizione delle questioni previste nell'art. 28, ultimo comma, malgrado che esse sorgano nel processo amministrativo solo in via pregiudiziale, sono, per qualche aspetto, tutt'altro che chiari.

Questa considerazione, a dire il vero, non vale per quel che riguarda la disciplina dell'incidente di falso, la quale appare

⁽³⁵⁾ In un'altra ipotesi del tipo in esame il Consiglio di Stato ha preferito sospendere il processo amministrativo, sino alla decisione del processo civile già pendente (IV Sez., 15 dicembre 1934, in *Foro it.*, 1935, III 155).

⁽³⁶⁾ Cfr. *supra*, pag. 407 ss.

assai comprensibile sotto tutti i suoi profili; e, anzi, converrà esporre subito le poche osservazioni che si possono fare al riguardo, per rivolgere successivamente l'attenzione a quella parte della norma in esame che presenta maggiori difficoltà.

Com'è noto, la querela di falso tende all'accertamento della falsità di un documento, che una delle parti ha dedotto in giudizio, a prova di una delle sue affermazioni; tale impugnazione può essere proposta dalla parte avversa, quando il documento di cui si tratta è riconosciuto dal giudice come effettivamente rilevante per la decisione della causa ⁽³⁷⁾.

Nelle trattazioni di giustizia amministrativa la querela di falso è trattata in relazione ai c.d. incidenti che possono sorgere nel corso del processo amministrativo ⁽³⁸⁾; tale impostazione, però, porta a delineare una categoria, come quella degli incidenti processuali, la quale appare dai caratteri incerti, è di non provata utilità, e, soprattutto, comprende istituti giuridici dalla natura più disparata; infatti, tradizionalmente, la dottrina tratta in tal sede, accanto alla querela di falso, della richiesta di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, e della domanda di intervento nel processo amministrativo del terzo ⁽³⁹⁾; cioè, di una domanda di parte, volta ad ottenere un provvedimento del giudice amministrativo, avente natura cautelare, in senso lato, e di un'altra domanda di parte, la quale, invece, attiene alla costituzione di un rapporto processuale accessorio a quello principale.

Con la domanda di sospensione, per quanto questa sia connessa col processo amministrativo, siamo però ancora al di fuori

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 42, 1° comma, del Regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato; per casi in cui la decisione della questione di falso è stata ritenuta irrilevante, ai fini della decisione nel merito del ricorso, v.: VI sez., 11 dicembre 1951, n. 616, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1951, I, 1471; V sez., 5 febbraio 1955, n. 197, *ivi*, 1955, I, 141.

⁽³⁸⁾ Cfr.: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, pag. 304, 305; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 247.

⁽³⁹⁾ ZANOBINI, *op. ult. cit.*, pag. 301 ss.; GUICCIARDI, *op. ult. cit.*, pag. 241 ss.

del merito della causa, e, anzi, addirittura al di fuori dell'attività giurisdizionale tendente alla risoluzione della controversia; e, con la domanda di intervento in causa, si solleva una questione, avente carattere meramente processuale; e, inoltre, anche senza approfondire la non omogeneità delle figure indicate, appare evidente come esse nulla abbiano a che fare con la questione di falso: questa, infatti, pur potendo insorgere anche in sede di accertamento della sussistenza dei presupposti processuali ⁽⁴⁰⁾, di solito acquista una rilevanza in quanto condiziona la decisione del merito del ricorso; e tale rilevanza, come si è accennato, è presupposto per la sua stessa proponibilità.

Volendo precisare il carattere del collegamento tra la questione di falso e la decisione del merito della causa, si può senz'altro affermare che tale collegamento ha la natura del vero e proprio nesso di pregiudizialità. Certamente, dal momento che il documento di cui si contesta l'autenticità, acquista rilevanza nel processo, in quanto concorre a formare il convincimento del giudice, nella ricostruzione della fattispecie concreta sottoposta al suo esame, il nesso di pregiudizialità che lega la decisione della querela di falso alla decisione della questione principale, non è un riflesso di un analogo nesso che si svolge sul terreno sostanziale; ma, come si è visto precedentemente, da un punto di vista processuale, la circostanza che la soluzione di un data questione costituisce un anello dell'iter logico del giudice, giustifica la qualificazione come pregiudiziale della questione stessa; e non occorre ripetere qui le ragioni, sulla base delle quali si è pervenuti a tale conclusione ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Per esempio, uno dei rarissimi casi di proposizione di querela di falso nel processo amministrativo, fu originato dalla eccezione sollevata dalla Amministrazione, di tardività del ricorso: l'Amministrazione stessa aveva esibito una ricevuta di ritorno, firmata dal ricorrente, e datata più di sessanta giorni prima della notifica del ricorso, che, si affermava, si riferiva alla raccomandata, con la quale era stato portato a conoscenza dell'interessato il provvedimento impugnato; il ricorrente aveva sollevato la questione di falso, concernente l'autenticità della propria firma (IV sez., 6 marzo 1936, n. 73, in *Foro amm.*, 1936, I, 1, 138).

⁽⁴¹⁾ Cfr., *supra*, pag. 174 ss.

Ad ogni modo, la disciplina della querela di falso presenta alcuni aspetti costanti, indipendentemente dalle peculiarità del singolo tipo di processo in cui essa può sorgere; infatti la legge ha disposto che la questione relativa all'autenticità di un documento, per i suoi peraltro evidenti caratteri di importanza e di delicatezza, non possa mai essere risolta *incidenter tantum*, ma debba costituire sempre l'oggetto di un apposito giudizio, e che la relativa decisione debba acquistare autorità di cosa giudicata⁽⁴²⁾; da questa premessa, risulta chiaro che la querela di falso debba essere sempre riservata alla cognizione del giudice che la legge ha indicato come competente a tal fine⁽⁴³⁾, e che essa non possa mai essere decisa da un diverso organo giurisdizionale, neppure quando si ponga come meramente pregiudiziale, rispetto all'oggetto del giudizio del processo pendente davanti a questo⁽⁴⁴⁾.

Ciò costituisce un principio generale, che vale per qualsiasi tipo di processo, anche appartenente a giurisdizioni speciali⁽⁴⁵⁾; sotto questo profilo, dunque, quella parte dell'art. 28 che riserva al giudice ordinario la cognizione della querela di falso, non è altro che una specificazione di tale principio, il quale, peraltro, si sarebbe dovuto applicare anche nel silenzio della legge⁽⁴⁶⁾. Per quel che concerne l'inquadramento dell'istituto in esame, con i lineamenti del fenomeno della pregiudizialità che si sono venuti descrivendo, gioverà notare come, per le ra-

(42) Cfr. gli artt. 221 ss. cod. proc. civ.

(43) Ossia, prescindendo dalla ipotesi in cui è competente il giudice penale, il tribunale civile (art. 9 cod. proc. civ.).

(44) Per quel che riguarda la necessità della valutazione come autonomo oggetto del giudizio, della questione di falso, che sia stata sollevata nel corso di un processo civile, v., *supra*, pag. 175.

(45) Per l'esplicita affermazione di questo principio, v.: Cass., 27 gennaio 1943, n. 185, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce: *Falso in materia civile*, n. 39.

(46) Per considerazioni sul collegamento tra la disposizione in esame, e la necessità della decisione della questione di falso, in un autonomo giudizio, v.: PETRUCCI, *Sull'incidente di falso nel processo amministrativo*, in *Studi senesi*, 1932, pag. 142 ss.

gioni suddette, la riserva al giudice ordinario della cognizione della questione di falso, insorta nel processo amministrativo, costituisce un tipico caso di trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale, la quale è imposta in maniera cogente dalla legge; e tale imposizione non può essere ricongiunta, almeno direttamente, ad una discriminazione di competenze, o, addirittura, di giurisdizioni, ma si riconnette con la valutazione di ordine politico che il legislatore ha fatto, dell'opportunità che la querela di falso, in qualunque modo, e davanti a qualsiasi giudice sollevata, sia sempre valutata e decisa come un autonomo oggetto del giudizio.

Naturalmente, la considerazione che precede esaurisce il profilo sotto il quale poteva interessare, in questa sede, la disciplina della questione di falso, insorta nel processo amministrativo; prescindiamo, perciò, da una più approfondita analisi della procedura che la legge prevede per la sua proposizione⁽⁴⁷⁾, e le stesse ipotesi, peraltro assai rare, in cui la parte in esame dell'art. 28 è stata applicata⁽⁴⁸⁾.

(47) Cfr. l'art. 41 del regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato.

In dottrina, v.: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, pag. 304, 305; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 247, e, per una analisi più dettagliata, la citata monografia di PETRUCCI, *Sull'incidente di falso*, etc., pag. 147 ss.

In giurisprudenza, le pronunce in materia sono del tutto sporadiche; cfr., comunque: V sez., 5 febbraio 1955, n. 197, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1955, 141, la quale si limita a riaffermare il principio, già sancito espressamente nel citato articolo del regolamento di procedura, secondo il quale il giudice amministrativo non deve sospendere il giudizio, se chi solleva la questione di falso, non prova di avere già proposto l'azione davanti al tribunale ordinario; da notare, comunque, che lo stesso articolo dà alla parte anche la facoltà di chiedere al giudice amministrativo un termine, entro il quale presentare la querela di falso al tribunale competente.

In generale, sulla querela di falso, nel processo civile, v., da ultimo: DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino 1957.

(48) Tra le rarissime decisioni del Consiglio di Stato in relazione al tema della questione di falso, è da segnalare per la singolarità della fattispecie, quella della IV sez., 29 marzo 1935, in *Foro it.*, 1935, III, 300: si trattava della impugnazione di un provvedimento di dispensa dal servizio di un sottufficiale della Guardia di Finanza, per aver contratto matrimonio, peraltro solo religioso, senza

Ben più delicata si presenta la valutazione della portata delle altre eccezioni che lo stesso art. 28 prevede, al principio generale, per cui il giudice amministrativo può risolvere in via incidentale tutte le questioni pregiudiziali concernenti diritti soggettivi perfetti.

Queste altre eccezioni sono indicate dal legislatore, come le questioni relative allo stato e alla capacità delle persone: è l'interpretazione di tale formula che desta perplessità.

Da un lato, infatti, mancano, almeno a prima vista, gli elementi per una immediata identificazione di tali questioni, con questioni le quali, per criterio generale, non possono essere risolte *incidenter tantum*, ma devono essere sempre decise come autonomi oggetti del giudizio; questo comporta il dubbio se, con la disposizione in esame, la legge abbia voluto escludere che il giudice amministrativo possa risolvere tali questioni pregiudiziali, non già perchè è necessario che esse siano decise con forza di giudicato, ma, diversamente, perchè ha ritenuto inopportuno che il giudice amministrativo conosca di tali questioni,

il necessario permesso; l'Amministrazione, per provare la sussistenza del presupposto del provvedimento, aveva esibito in giudizio la documentazione del matrimonio religioso, la quale veniva impugnata per falso dal ricorrente; il Consiglio di Stato ha affermato che competente a decidere della falsità di tale documentazione, è competente la sola autorità ecclesiastica, escludendo, così, l'intervento del giudice ordinario, anche sotto il profilo della declaratoria di inesistenza del matrimonio di cui si tratta (v. anche, *ivi*, nota di SCHIAPPOLA, *Nullità di un matrimonio contratto secondo il rito canonico, pronunziata dall'ordinario diocesano in via amministrativa o economica e suoi effetti relativamente ad un provvedimento amministrativo di dispensa dal servizio di un sottufficiale della R. Guardia di Finanza*).

Da ricordare, infine, che anche per il processo amministrativo è stato sostenuto che se si contesta la autenticità di una copia di un documento, che potrebbe essere impugnato solo con la querela di falso, non è necessaria la proposizione di tale mezzo (FORTI, *In tema di falso e di nullità parziale degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1934, I, 793, 794, con citazioni sull'argomento); e ciò, per la differenza di natura tra il documento, e la copia di esso (v., in proposito, la nota definizione di CARNELUTTI, della copia del documento, come il documento del documento: *La prova civile*, Roma 1915, pag. 215).

in qualunque forma: tale preclusione sarebbe basata, allora, su ragioni attinenti direttamente alla discriminazione di competenze, il che, come si è detto, apparirebbe piuttosto anomalo.

A questi dubbi sul fondamento della disposizione in esame, si accompagnano anche numerose perplessità, sui limiti della sua applicazione; perplessità, che assumono un carattere di particolare delicatezza, data la gravità delle conseguenze che derivano da tale applicazione: ossia, la sospensione del processo amministrativo, per tutto il tempo necessario per l'esaurimento del giudizio civile, che può protrarsi per tutti e tre i gradi di giurisdizione.

Infatti, l'espressione impiegata dal legislatore: «... questioni concernenti lo stato e la capacità di privati individui...» appare quanto mai vaga e imprecisa: nella comune terminologia giuridica, si fa molto spesso riferimento sia alla nozione di stato, sia alla nozione di capacità, anche in ipotesi le quali, sicuramente, esulano dalla previsione della norma in esame.

Nè, d'altra parte, appare facile individuare il metodo, sulla cui base è possibile pervenire ad una precisazione della portata della previsione stessa: infatti, da un lato, gli stessi lineamenti dogmatici delle due nozioni indicate appaiono discussi, e, comunque, piuttosto sfumati; dall'altro, il disegno di tali lineamenti, da solo, è manifestamente inadeguato a risolvere i dubbi d'interpretazione della disposizione che si esamina; a tal fine, è necessario fare riferimento anche alla *ratio* della norma, la quale, su questo punto, è difficilmente individuabile; ed è proprio in relazione alla soluzione delle questioni che sorgono in proposito, che si avverte maggiormente quella mancanza di una adeguata relazione al Re, cui si è già accennato.

Comunque, converrà iniziare il discorso da una esposizione della dottrina, per quel che concerne la nozione di stato.

Per quel che riguarda lo status la nota dominante, in dottrina, pone l'accento sulla differenziazione di questa figura da

quella del diritto soggettivo, o da altre figure giuridiche, quali il potere e la facoltà⁽⁴⁹⁾; ma l'aspetto più delicato dei lineamenti della figura in esame, concerne la relazione di essa, con quella di rapporto giuridico: talvolta, infatti, è stato affermato che tale relazione sarebbe, addirittura, di identità⁽⁵⁰⁾, ma sembra che valutando il concetto di *status* da tale angolo visuale, da un lato si configuri come un inutile doppione del concetto di rapporto, e, dall'altro, si precluda la possibilità di una più precisa individuazione dei profili peculiari di esso⁽⁵¹⁾.

Tali profili paiono ricollegarsi, appunto, con la circostanza per cui lo *status* si pone come un presupposto di tutta una serie di determinati rapporti giuridici⁽⁵²⁾, senza che, peraltro, esso possa risolversi interamente in questi, neppure se vengono considerati nel loro complesso; i singoli diritti e i singoli doveri paiono derivare dallo *status*, più che essere in esso ricompresi⁽⁵³⁾; e la stessa nota definizione della nozione in esame, secondo la quale lo *status* sarebbe una « sintesi » di singoli rapporti (REDENTI, BARASSI)⁽⁵⁴⁾, può essere accolta nei limiti in cui essa significa che lo *status* stesso è una posizione giuridica alla quale fanno

(49) In questo senso, v., per tutti: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, 9ª ed., Milano 1957, pag. 136; vol. II, pag. 24; in senso contrario, v. le opinioni di ARANCIO RUIZ e di VASSALLI, riportate, con rilievi critici, da D'ANGELO, *Il concetto giuridico di « status »*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, pag. 271 ss.; per ulteriori rilievi critici, v. anche MESSINEO, *op. loc. ult. cit.*

(50) In questo senso, v., soprattutto, l'orientamento della dottrina tedesca ricordato da D'ANGELO, *Il concetto giuridico di « status »*, cit., con ampia bibliografia e con rilievi critici (pag. 269 ss.).

(51) Anche ALLORIO nega che lo *status* sia un rapporto giuridico, e pone l'accento, invece, sul carattere di « effetto » giuridico che sarebbe proprio della nozione in esame (*La cosa giudicata*, etc., cit., pag. 299 ss.).

(52) In questo senso, v. le nette parole di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 76.

(53) In questo senso, v. MESSINEO, *op. loc. ult. cit.*

(54) Cfr. in proposito, con citazioni e rilievi critici: ALLORIO, *La cosa giudicata*, etc., cit., pag. 297, 298; D'ANGELO, *Il concetto giuridico*, cit., pag. 254 ss., il quale afferma che lo *status* apparterrebbe « ... alla fattispecie del precetto giuridico... » (pag. 251 ss.).

capo una pluralità di diritti, doveri, poteri etc., senza che esso possa in questi esaurirsi.

Già questa prima latissima definizione della nozione in parola, porta ad escludere che possano farsi rientrare in essa alcune figure, che assai impropriamente sono qualificate come *status*, ma le quali, in realtà, si esauriscono nell'ambito di un singolo rapporto giuridico: così, per es., i c.d. *status* di debitore, di creditore, etc.⁽⁵⁵⁾.

D'altra parte, non contrasta con le affermazioni che precedono, la caratterizzazione dello *status* come di una qualità giuridica⁽⁵⁶⁾, di una posizione giuridica che è attribuita al soggetto⁽⁵⁷⁾, e, ciò, malgrado le molteplici incertezze che ancor oggi si devono registrare, nei confronti dei caratteri di tale concetto⁽⁵⁸⁾.

Ma se è possibile trovare una certa concordia di consensi su tale inquadramento della nozione in esame, molti dubbi e vive dispute si hanno, ove si tenti una maggiore precisazione di essa, la quale valga a differenziarla dalle infinite altre posizioni giuridiche che sono attribuibili al soggetto. Senza procedere ad una dettagliata analisi delle varie tendenze manifestatesi al riguardo, si può osservare, comunque, che l'orientamento che sembra cogliere in modo migliore i caratteri essenziali dello *status*, lo ricollega alla posizione che il soggetto assume nell'am-

(55) Cfr. in proposito: FORMIGGINI, *Lo status socii*, in *Studi in memoria di Ratti*, Milano 1934, pag. 524 ss.; v., *ivi*, anche una disamina dei vari sensi in cui, in pratica, si fa riferimento al termine di *status*.

(56) Per tale caratterizzazione, v.: MESSINEO, *op. loc. ult. cit.*; D'ANGELO, *Il concetto giuridico*, cit., pag. 261 ss.; CICU, *Il concetto di « status »*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli 1917, pag. 61.

(57) Sulla prevalenza dell'aspetto soggettivo nella figura di *status* v., soprattutto: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 65; per uno spunto favorevole al riferimento anche a cose della nozione di *status*, v., però: ALLORIO, *La cosa giudicata*, etc., cit., pag. 299.

(58) Sulla delicata materia v., da ultimo: OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, s. a., ma 1952; in proposito, v. anche gli interessanti rilievi di PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, vol. I, pag. 257, 258.

bito di un determinato ordinamento giuridico, ove si intenda quest'ultimo secondo la concezione istituzionale. Questo orientamento può farsi già risalire a JELLINEK, il quale nel suo celebre *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* aveva impiegato il concetto di *status*, per inquadrare i molteplici rapporti tra cittadino e Stato: è appena il caso di notare come, sulla base della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, non si possa individuare nessun motivo, almeno sotto un profilo puramente dogmatico, per cui si dovrebbe riservare il termine *status*, alla qualificazione della sola posizione che il cittadino assume nell'ambito dell'ordinamento statale, senza estenderlo anche alla definizione di posizioni che il singolo assume nei confronti di diversi ordinamenti giuridici, ove tali posizioni si atteggino con caratteri tecnicamente analoghi alla prima.

Il collegamento tra la nozione di *status* e la posizione del singolo nell'ambito di un dato ordinamento, è senz'altro rafforzato anche dalla circostanza per cui quelli che sono gli *status* tradizionali si riferiscono agli ordinamenti giuridici storicamente più antichi, tra quelli ancor oggi esistenti: infatti, accanto allo *status* di cittadino, si ricorda comunemente lo *status* familiare⁽⁵⁹⁾; e, se si prescindesse dallo stesso collegamento, rimarrebbe certo incomprensibile l'attuale fenomeno tendente a definire come *status*, la posizione del singolo nell'ambito di organizzazioni giuridiche, che solo di recente sono valutate come veri e propri ordinamenti giuridici: a questo proposito, si può ricordare, per esempio, i c.d. *status* di imprenditore commerciale⁽⁶⁰⁾, di socio in una società⁽⁶¹⁾, di appartenente ad una

⁽⁵⁹⁾ Cfr., in argomento, le considerazioni di CICU, *Il concetto di « status »*, cit., pag. 70 ss.; sulle possibili interferenze dello stato di cittadinanza con quello familiare, dal punto di vista del diritto internazionale, v. l'interessante studio di ZICCARDI, *Osservazioni sulla funzione degli « status » familiari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 652 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., MESSINEO, *Manuale*, etc., cit., vol. I, pag. 335.

⁽⁶¹⁾ In senso contrario alla configurabilità come *status* della posizione del socio nella società, v.: FORMIGGINI, *Lo status socii*, cit., pag. 521, 522 e 542; v.,

categoria professionale, ad un comune, ad un consorzio, ad una frazione, etc.⁽⁶²⁾.

In definitiva, la dottrina, attualmente, è orientata verso la costruzione di un amplissimo concetto di *status*, ricomprendovi in esso la posizione che il singolo acquista nell'ambito di qualsiasi ordinamento giuridico⁽⁶³⁾, ricollegandosi, perciò, alla titolarità, e, anzi, al presupposto per la titolarità, di tutta quella molteplicità di rapporti che nell'ambito di ogni ordinamento, appunto, fanno capo ad ognuno dei membri di questo⁽⁶⁴⁾.

Sarebbe assai interessante un ulteriore approfondimento della nozione di *status*, in relazione a vari suoi profili: per esempio, alla possibilità di una sua moltiplicazione, nell'inquadramento della posizione del soggetto nell'ambito di un solo ordinamento⁽⁶⁵⁾; alla sua configurabilità, nelle ipotesi di interferenza tra più ordinamenti giuridici⁽⁶⁶⁾; alla sua rilevanza, in

ivi, ulteriore bibliografia; nello stesso senso, e in modo assai netto, v. anche: ALORIO, *La cosa giudicata*, etc., cit., pag. 295, 296.

⁽⁶²⁾ Cfr., per questi e per altri esempi, MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 65.

⁽⁶³⁾ Cfr., in questo ordine di idee, soprattutto: CICU, *Il concetto di « status »*, cit., pag. 65, e, precedentemente, JELLINEK: molto indicative sono le parole con le quali CICU riporta il pensiero di JELLINEK: secondo questo autore, si avrebbe uno *status* « ... in tutti i casi in cui un individuo si presenta come membro di un tutto superiore, tenuto coerente da un comune scopo » (*op. cit.*, pag. 62); v. anche la bibliografia citata da FORMIGGINI, *Lo status socii*, cit., pag. 525, nota 9; per rilievi critici nei confronti della posizione di CICU, v.: D'ANGELO, *Il concetto giuridico*, cit., pag. 265 ss., che preferisce definire la nozione di *status*, riferendosi alla « ... partecipazione di un soggetto ad un rapporto della vita sociale avente rilievo nell'ordine morale ».

⁽⁶⁴⁾ Cfr. i rilievi assai vivaci ed interessanti, con i quali ZICCARDI caratterizza la rilevanza e la portata di uno degli *status* classici: quello di cittadinanza (*Osservazioni*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 659).

⁽⁶⁵⁾ È da ricordare, infatti, come JELLINEK inquadrasse la molteplicità dei rapporti tra individuo e Stato, non in un solo *status*, ma nei quattro *status* a tutti noti.

⁽⁶⁶⁾ Infatti, considerando come *status* la posizione che l'individuo assume nell'ambito di un dato ordinamento giuridico, la valutazione di questa posizione non si sottrae alle diverse conseguenze cui può portare il diverso punto di vista scelto per la valutazione dell'ordinamento stesso; in particolare, se questo è considerato in sé e per sé, oppure secondo la valutazione che ne è fatta da un diverso

relazione alla disciplina dei singoli rapporti giuridici, che ad esso fanno capo ⁽⁶⁷⁾, etc.

Un approfondimento del genere, però, si appaleserebbe inutile in questa sede; infatti, esso gioverebbe a precisare maggiormente i caratteri strettamente dogmatici della nozione di status, nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive: ma tale precisazione, d'altra parte, non sembra idonea a chiarire la portata della espressione impiegata nell'art. 28: infatti, è evidente che, quando il legislatore ha disposto che la cognizione delle c.d. questioni di stato è riservata in ogni caso al giudice ordinario, egli non ha fatto riferimento alle questioni vertenti su situazioni giuridiche soggettive, le quali, da un punto di vista rigorosamente dogmatico, possano essere delineate con i caratteri dello status, giustificando la deroga al principio generale della cognizione del giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali, per ragioni corrispondenti a tali caratteri; è ovvio, per contro, che il legislatore ha disposto l'eccezione in esame, in relazione alla natura particolare di un certo numero di questioni, definite di stato, con una espressione la quale ha sicuramente un significato tecnico, per quanto impreciso, il quale non

ordinamento (per i complessi fenomeni che si verificano in proposito, v. la seconda parte dell'*Ordinamento giuridico*, di SANTI ROMANO, specie pag. 159 ss.); può darsi, infatti, che una data entità giuridica, che, considerata in sè e per sè, presenta i caratteri dell'ordinamento giuridico, sia valutata da altro ordinamento in modo del tutto diverso: o nel senso di una irrilevanza, assoluta o parziale, o nel senso di una rilevanza, ma non come ordinamento; è evidente, che, in ipotesi del genere, dal punto di vista del secondo ordinamento, ai membri del primo non potrebbe essere attribuita quella posizione giuridica che presuppone il riconoscimento di questo ordinamento come tale.

⁽⁶⁷⁾ Da ricordare a questo proposito l'opinione di MIELE, secondo la quale nella nozione di status dovrebbe essere individuato un ulteriore elemento caratteristico; lo status, cioè, dovrebbe avere «... il carattere di presupposto per l'applicazione, al soggetto medesimo [dello status] di una serie di norme giuridiche o non giuridiche, le quali vengono così a costituire a tutti i soggetti in possesso di quello « status » una situazione giuridica uniforme ed omogenea (ciò che i Francesi chiamano *statut légal*) » (*Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 65, 66).

è collegabile unicamente con lo status, come tipica situazione giuridica soggettiva.

Da un lato, appare chiaro che le questioni di stato indicate dalla legge, sono questioni vertenti su situazioni giuridiche soggettive che hanno il carattere di status; dall'altro, è ancora più chiaro che non tutti gli status possono essere connessi con le questioni di stato di cui all'art. 28; il problema dell'esegesi di questa norma, dunque, si risolve in un problema di individuazione di quelli tra gli status, in relazione ai quali il legislatore ha inteso disporre la nota limitazione alla competenza incidentale del giudice amministrativo; questa impostazione del problema permette, inoltre, una maggiore utilizzazione delle considerazioni precedentemente svolte sulla nozione di status, le quali non rilevano solo al fine di stabilire la impossibilità di collegamento tra essa, e la norma in esame (che, anzi, sotto questo profilo, esse appaiono molto più sviluppate di quel che sarebbe stato necessario); infatti, l'aver messo in luce i caratteri essenziali dello status, appare utile per la precisazione delle vicende delle situazioni giuridiche di tale tipo, nel quale rientrano, per quel che si è detto prima, le stesse situazioni giuridiche cui l'articolo 28 fa riferimento: e, come si vedrà in seguito, una precisazione del genere è indispensabile, proprio per delineare le ipotesi in cui ha una vera e propria questione di stato, la cognizione della quale è preclusa al Consiglio di Stato.

Ad ogni modo, il problema dell'esegesi dell'ultimo comma dell'art. 28, deve essere risolto, sulla base del significato tecnico che ha assunto nella nostra legislazione l'espressione: « questioni di stato e di capacità » delle persone.

Che a questa espressione debba essere attribuito un valore particolare, seppur da precisare nei dettagli, appare indubbio; e, del resto, essa si ritrova anche in altri testi legislativi, diversi da quello in esame; per esempio, nell'art. 9 del codice di procedura civile, che determina la competenza del tribunale.

Malgrado la sostanziale coincidenza, sotto questo profilo,

della norma del processo civile, con quella del processo amministrativo, nessun lume per l'interpretazione della seconda può venire dall'interpretazione della prima: infatti, la dottrina del processo civile si limita, di regola, alla semplice parafrasi della parte dell'art. 9 cod. proc. civ. che qui interessa ⁽⁶⁸⁾; solo raramente ci si sofferma sulla enumerazione dei casi cui la norma si applica ⁽⁶⁹⁾, oppure si tenta una analisi più penetrante del testo legislativo ⁽⁷⁰⁾; d'altra parte, le stesse applicazioni giurisprudenziali della disposizione in esame sono del tutto sporadiche ⁽⁷¹⁾. Le ragioni di questa mancanza di approfondimento della portata della norma civilistica devono essere ricercate nella scarsa rilevanza pratica che una analisi del genere presenta: infatti, le questioni le quali possono essere confuse con quelle concernenti lo stato e la capacità delle persone, hanno sempre un carattere costante, e cioè che il loro valore patrimoniale è indeterminabile; dal momento che le cause di questo tipo, per lo stesso art. 9, appartengono comunque alla competenza del tribunale, ecco che nel processo civile viene meno quella rilevanza ai fini della determinazione della competenza, della precisazione della portata della espressione legislativa in esame,

⁽⁶⁸⁾ Cfr.: REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, pag. 115, 116; SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 20; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale*, cit., pag. 113; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., vol. I, pag. 127; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., vol. II, pag. 94.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, 5ª ed., Milano 1955, vol. I, pag. 263, che afferma che la disposizione si applica sia nei confronti dello stato di cittadinanza come di quello di famiglia; in particolare, ricadrebbero nella competenza del tribunale, in virtù della disposizione in esame, anche le cause di inabilitazione, interdizione, riconoscimento di paternità e maternità, affiliazione, rettificazione degli atti di stato civile, etc.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. I, pag. 57, 58.

⁽⁷¹⁾ Per esempio, v. l'ordinanza della Corte di appello di Palermo, 31 agosto 1949 (in *Foro it.*, 1950, I, 126, con nota adesiva di GIORDANO: *In tema di competenza a decidere sulla nullità del decreto di adozione*); nella fattispecie, si era impugnato un decreto di adozione, per nullità conseguente alla carenza del consenso del genitore naturale dell'adottato: la Corte ha ritenuto la esclusiva competenza del Tribunale a decidere della controversia, affermando che essa aveva per oggetto lo stato derivante dall'atto di adozione.

precisazione, la quale, invece, appare indispensabile nel processo amministrativo.

Ad ogni modo, la possibilità di attribuire all'espressione in esame un certo significato tecnico, discende dalla circostanza per cui con essa sono indicati, in modo, si potrebbe dire, tradizionale, alcuni *status*, e due figure tipiche di capacità.

Per quel che riguarda gli *status*, questi sono, sicuramente, gli *status* di carattere familiare; con meno sicurezza, lo stato di cittadinanza ⁽⁷²⁾; sembra invece da escludere, il c.d. stato, o qualità di erede ⁽⁷³⁾.

Per quel che riguarda le capacità, esse sono, tipicamente, quella giuridica e quella di agire.

A questo proposito, si deve rilevare un fenomeno che, almeno per qualche aspetto, presenta delle analogie, peraltro, forse, solo apparenti, con quello già notato in precedenza in riferimento al concetto di *status*; e cioè, che l'espressione: questioni di capacità delle persone, è impiegata dal legislatore, in un significato, che prescinde in larga misura dalla nozione di capacità cui ci si riferisce usualmente in dottrina; infatti, spesso, almeno nella pratica, si parla anche di capacità di testare, di capacità di contrarre matrimonio, etc.: si tratta di un fenomeno di moltiplicazione delle figure di capacità, il quale sembra del tutto irrilevante, in sede di esegesi della norma in esame; e, del resto, l'analogia col già rilevato fenomeno di moltiplicazione delle figure di *status* è, forse, solo apparente, giacchè mentre nel caso degli *status*, tali figure possono essere ricomprese sotto una comune nozione dogmatica, avente natura omogenea,

⁽⁷²⁾ Mentre nel senso affermativo si è formato l'orientamento tradizionale, qualche voce contraria è stata sollevata nella dottrina del processo penale (v., in proposito: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, etc., pag. 121 ss., il quale, peraltro, aderisce alla tesi di gran lunga dominante; nello stesso senso, v., oltre alla opinione dello ZANZUCCHI, citata, *supra*, alla nota 69, anche la tendenza del Consiglio di Stato, *infra*, alla nota 77.

⁽⁷³⁾ Sul punto, v., *infra*, pag. 446, 447.

non altrettanto pare che si possa dire, per quelle particolari figure di capacità, cui si è accennato ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ Per spiegare la considerazione di cui nel testo, è necessario svolgere alcuni rilievi sulle nozioni di capacità, i quali vengono ristretti in nota, per non appesantire eccessivamente il ragionamento principale.

La materia della capacità del soggetto, è dominata dalla distinzione tradizionale tra capacità giuridica e capacità d'agire; ma, per quanto tale distinzione sia del tutto pacifica, è da osservare che i caratteri dell'una e dell'altra figura siano assai incerti, tanto che si è potuto affermare che «... un'analisi soddisfacente del concetto di capacità, che pure è uno dei concetti giuridici fondamentali, ancora manca, e l'accordo che si è raggiunto su di esso non è che apparente e forse soltanto verbale» (SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 190).

In particolare, si discute quali siano i più precisi contorni della distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire e, correlativamente, non è pacifico se alcune situazioni giuridiche soggettive, e, in particolare, il potere, debbano essere ricollegate con la prima o con la seconda; a maggior ragione, è incerto anche il carattere di tale collegamento.

Una valutazione dei termini in cui si pone la problematica relativa al punto appare necessaria, per giustificare l'opinione, espressa nel testo, per cui quelle che si sono chiamate capacità speciali (di testare, di contrarre matrimonio, etc.), le quali, cioè, si risolvono nella titolarità di un singolo potere, non possono essere considerate come capacità in senso tecnico.

L'aspetto saliente della capacità giuridica, è dato dal suo collegamento con la personalità; essa, infatti, più precisamente, «... è una misura della sfera in cui la personalità può esplicarsi...» (SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 190; v., anche: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 40, che afferma che la capacità «... segna l'estensione della personalità»); precisando in tal modo il rapporto tra personalità e capacità giuridica, restano superate impostazioni dottrinali meno recenti, le quali erano orientate verso una identificazione delle due nozioni (v.: CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen 1900, vol. I, pag. 37; KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1906, vol. I, pag. 100).

Proprio sulla base del collegamento indicato, si può rilevare come, risolvendosi la personalità giuridica nella titolarità di situazioni giuridiche soggettive (cfr.: MIELE, *Principi*, cit., pag. 39), la capacità giuridica è connessa, a sua volta, con tale titolarità; d'altro canto, configurando il potere come una autonoma situazione giuridica soggettiva, si dovrebbe arrivare *de plano* alla conseguenza che la capacità giuridica si riferisce alla titolarità dei poteri, non meno che a quella dei diritti soggettivi.

Senonchè, tale conclusione non è pacifica, giacchè i caratteri del potere, come situazione giuridica soggettiva, sono oltremodo controversi, come già più volte abbiamo avuto occasione di accennare nel corso del presente lavoro.

Prendendo come punto di partenza quella nozione di potere giuridico, che è stata qui accolta, si deve rilevare come quest'ultimo, pur costituendo una situa-

D'altra parte, pur distinguendo tra stati, e capacità delle persone, non si possono cancellare le innegabili interferenze che sussistono tra i due concetti; e, soprattutto, si deve notare come la circostanza per cui il legislatore ha riunito in una unica disposizione i due termini, deve essere valutata come un indizio del significato che acquista, sotto il profilo che qui interessa, la parola «capacità»: ossia, quello di modo di essere, di una qualità di un soggetto; da ciò consegue che si deve escludere che nella espressione dell'art. 28, possano essere fatte rientrare le questioni le quali non concernono le capacità legali della persona, ma la sua c.d. capacità naturale, nelle ipotesi in cui questa acquista rilevanza, sotto il profilo della validità di determinati atti, posti in essere senza che questa sussistesse al momento del compimento degli atti stessi ⁽⁷⁵⁾.

Così precisati gli status, e le capacità delle persone, in relazione ai quali il legislatore ha disposto la speciale disciplina

zione giuridica soggettiva attiva, debba, non di meno, essere ricollegato alla capacità giuridica, e non alla capacità di agire (sul punto, in questo senso, v., soprattutto: SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 195, 196); quest'ultima costituisce il presupposto, per poter esercitare validamente i poteri, non meno dei diritti.

Costituisce un problema della massima delicatezza, la precisazione della relazione che intercorre tra il potere giuridico e la capacità giuridica; esso, comunque, è stato qui richiamato, non certo al fine di esaminare quali siano le possibilità di una sua soluzione, ma solo per far risaltare come, per quanto la relazione tra capacità giuridica e potere sia assai stretta, essa, non di meno, non ha carattere di identità, giacchè, al contrario, la prima è distinta dal secondo (v., soprattutto: SANTI ROMANO, *Frammenti*, pag. 190, 191).

Per quel che riguarda le c.d. capacità speciali, quelle, cioè, che si riferiscono alla titolarità di un determinato potere, il riferimento ad esse può qualificare il «... complesso delle condizioni che deve possedere chi tali capacità possiede...» (SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 191), condizioni, le quali sono diverse da quelle attinenti alla capacità giuridica in senso generico; e tale capacità, proprio in relazione alla sua diversità di natura conseguente al suo immediato collegamento con la personalità, e al riferimento al complesso delle titolarità delle situazioni giuridiche attribuite al soggetto, può essere distinta dalle c.d. capacità speciali, le quali si pongono come presupposto di un singolo potere.

⁽⁷⁵⁾ In realtà, il problema della sussistenza della c.d. capacità naturale, non si pone mai in modo autonomo, ma si risolve sempre in quello della validità degli atti compiuti dal soggetto, in quella condizione che, si afferma, era di incapacità.

CAPACITÀ... queste di un soggetto

NO capac
naturale

in esame, rimane ancora da chiarire quali siano le questioni, aventi tale oggetto, la cui cognizione, anche incidentale, è preclusa al giudice amministrativo; al riguardo, si deve osservare come sia assolutamente da escludere che possano essere considerate questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone, tutte le questioni, la cui soluzione venga comunque ad incidere, magari solo indirettamente, su tale oggetto; al contrario, l'espressione in parola ha un significato ben preciso, nel senso che essa si riferisce solo alle ipotesi, nelle quali si discute se un determinato individuo è titolare di uno degli *status* prima indicati, oppure possiede la capacità giuridica o d'agire.

Ad ogni modo, è da avvertire che l'ultimo comma dell'articolo 28 costituisce senza dubbio una disposizione di carattere eccezionale, in quanto deroga al principio generale della competenza del giudice della questione principale, anche sulle questioni pregiudiziali; l'interprete, nella esegesi di tale norma, perciò, deve tenere necessariamente conto di questo carattere di essa, adottando con la massima cautela soluzioni tendenti ad ampliare l'ambito di applicazione della norma stessa.

Comunque, raccogliendo le fila di quanto sin qui detto, si può tentare una enumerazione delle ipotesi di *status* e di capacità dei privati individui, la cui titolarità da parte di questi, se è contestata nel corso del processo amministrativo⁽⁷⁶⁾, non può essere accertata dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 28; s'intende che tale enumerazione non ha la pretesa di essere esauriente:

⁽⁷⁶⁾ È ovvio, che in tanto il giudice amministrativo non può accertare in via incidentale la titolarità, da parte di un determinato soggetto, di uno stato, o di una capacità, in quanto le parti abbiano sollevato contestazione al riguardo; infatti, da un lato, almeno di regola, la questione relativa non è sollevabile d'ufficio, e, dall'altro, la preclusione di cui all'art. 28, ultimo comma, vale solo per le questioni pregiudiziali, ma il giudice amministrativo può benissimo porre a base del proprio ragionamento, come un mero punto pregiudiziale, una considerazione relativa ad uno stato o ad una capacità del soggetto, la cui fondatezza sia incontrovertibile (in questo senso, v.: V sez., 12 dicembre 1952, n. 1394, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1952, I, 1659; cfr. anche: FORTI, *Questioni pregiudiziali di stato nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1942, III, 196).

a) secondo la giurisprudenza amministrativa, conforme, del resto, alla impostazione tradizionale, il primo degli *status* suddetti dovrebbe essere quello di cittadinanza⁽⁷⁷⁾; se si accoglie questa tendenza, si deve escludere la competenza del Consiglio di Stato, a risolvere, anche incidentalmente, le questioni se un dato soggetto è cittadino italiano, oppure se è apolide, o cittadino straniero, e, in tal caso, nei limiti in cui questo possa interessare, di quale Stato. Seguendo questo ordine di idee, molto probabilmente si devono considerare sottoposte ad analoga disciplina le questioni concernenti concetti affini a quello di cittadinanza, come quello di nazionalità, per esempio; si devono ricordare, a questo proposito, quelle disposizioni speciali, concernenti le persone aventi la « nazionalità » italiana, i c. d. cittadini non regnicoli, disposizioni le quali erano tutt'altro che rare nella legislazione meno recente, ma di cui si possono trovare tracce anche attualmente⁽⁷⁸⁾;

b) i tipici *status*, nei confronti dei quali è stato dettato, soprattutto, l'art. 28, ultimo comma, sono quelli di carattere familiare; più precisamente, gli *status* che si ricollegano, nel

⁽⁷⁷⁾ Cfr. questo caso, in cui il Consiglio di Stato ha applicato l'art. 28: la pubblica Amministrazione ha emesso un provvedimento di sequestro di determinati beni, perchè appartenenti a cittadina straniera; questa, successivamente, chiede la revoca di tale provvedimento, ammettendo che questo era giustificato, perchè essa aveva perso la cittadinanza italiana, in seguito a matrimonio con cittadino straniero, ma affermando di avere riacquisito in seguito la cittadinanza, per morte del marito, e con il concorso delle altre circostanze previste, a tal fine, dalla legge; la pubblica Amministrazione rifiuta la revoca, contestando che la cittadinanza italiana fosse stata effettivamente riacquisita: nel giudizio sulla legittimità di questo provvedimento, impugnato per travisamento di fatti, è necessario esaminare, pregiudizialmente, se la ricorrente avesse effettivamente riacquisito la cittadinanza; in proposito, è sorta una questione pregiudiziale, la quale, è stato ritenuto, non poteva essere decisa dal Consiglio di Stato in via incidentale (IV sez., 22 dicembre 1942, in *Giur. it.*, 1943, III, 171).

È da ricordare, inoltre, che il Consiglio di Stato si è dichiarato incompetente, per l'art. 28 ult. comma, a decidere di una questione pregiudiziale, sorta nel corso del giudizio sulla legittimità di un provvedimento ministeriale, in materia di autorizzazione a contrarre matrimonio, questione vertente sulla nazionalità di un soggetto (IV sez., 29 luglio 1942, in *Foro it.*, 1942, III, 194).

⁽⁷⁸⁾ Cfr. art. 51, 2° comma Cost.

loro momento costitutivo, ai due rapporti fondamentali dell'ordinamento familiare: il matrimonio e la filiazione; in altre parole, le questioni di *status* familiare, che occorre qui considerare, sono quelle che concernono lo stato di coniuge, e, sembra, quelle relative alla separazione personale; inoltre, le questioni relative allo stato di figlio, nelle sue varie gradazioni: legittimo, legittimato, naturale riconosciuto.

Non sembra che possa essere valutato come uno stato, almeno sotto questo profilo, la posizione del figlio naturale non riconosciuto; si tratta, infatti, di una posizione, alla quale la legge attribuisce rilevanza solo in determinate ipotesi, del tutto marginali, in materia di successioni ⁽⁷⁹⁾, senza che il figlio non riconosciuto possa vantare un proprio stato nell'ordinamento familiare.

Inoltre, non sembra che sia possibile ampliare la categoria degli *status* familiari nei cui confronti si deve applicare la disposizione in esame, in relazione ad altri gradi di parentela; o, per meglio dire, qualsiasi questione sul rapporto di parentela che può legare due soggetti, può essere sempre scomposta in una serie di questioni, concernenti rapporti di coniugio o di filiazione.

Per contro, rientrano nella previsione di cui all'art. 28 le questioni relative alla adozione e, sembra, all'affiliazione.

Per quel che riguarda la qualità di erede, pare doversi negare una sua rilevanza, sotto il profilo che qui interessa; nella dottrina civilistica, pur discutendosi sulla possibilità di valutare tale qualità come un vero e proprio *status*, la corrente dominante è orientata in senso negativo ⁽⁸⁰⁾; ne viene di conseguenza che la *hereditatis petitio* non può essere considerata come una azione di stato, nel senso tecnico che a questa espressione deve

⁽⁷⁹⁾ Cfr. artt. 580, 593, 594 cod. civ.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. sul punto, l'ampia bibliografia citata da SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Torino, s.a., 1957, pag. 261, nota 38; per la soluzione negativa, v. soprattutto, oltre allo stesso SCHLESINGER (ivi): CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1954, pag. 227; ANDRIOLI, *Commento*, etc., cit., vol. I, pag. 58.

essere attribuito. D'altra parte, di questa tendenza si possono rinvenire tracce anche nella stessa dottrina processuale: è vero che talvolta la rivendica di eredità è esplicitamente enumerata tra le controversie, la cui competenza spetta al tribunale ⁽⁸¹⁾, ma si ha cura di chiarire che questa inclusione deriva non dalla qualificazione di tale azione come di una azione di stato, ma solo dalla circostanza che con essa si rivendicano anche diritti di natura non patrimoniale ⁽⁸²⁾: si è già ricordato che l'art. 9 cod. proc. civ. riserva la cognizione anche delle controversie aventi per oggetto tale diritto, alla competenza inderogabile del tribunale. D'altra parte, non sembra che possano essere rinvenuti elementi, sulla base dei quali, nell'esegesi dell'art. 28 ultimo comma, sia necessario discostarsi dalle conclusioni alle quali è pervenuta la dottrina citata;

c) per quel che riguarda le questioni concernenti la capacità dei soggetti, si dovrebbe cominciare il discorso, con la questione vertente sul possesso, da parte del soggetto, della capacità giuridica; ma, poichè nel nostro ordinamento tutte le persone fisiche hanno tale capacità, non si vede come si possa configurare una ipotesi, in cui essa possa essere messa in discussione in modo autonomo, prescindendo, cioè, dalla questione della esistenza stessa della persona di cui si tratta.

Il problema della sussistenza della capacità giuridica e, soprattutto, dei suoi limiti, può porsi, talvolta, solo in relazione a persone giuridiche, oppure ad enti la cui natura, sotto questo profilo, non è ben chiara: in tali casi, si può effettivamente discutere se la capacità giuridica esista, e in quali limiti; ma appare assai dubbio che la sottrazione alla cognizione, anche solo incidentale, del giudice amministrativo, delle questioni relative a stato e capacità delle persone, riguardi anche le persone giuridiche, e non solo le persone fisiche.

⁽⁸¹⁾ Vedi: ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, pag. 263; ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸²⁾ ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

Non vi è dubbio, certamente, che, da un punto di vista strettamente dogmatico, si possa parlare di capacità, e di *status*, a proposito non solo delle persone fisiche, ma anche delle persone giuridiche; e, del resto, non si può affatto escludere *a priori*, che quelle norme del codice civile le quali tengono conto, ai fini dell'applicazione di una data disciplina, della costituzione in territorio nazionale od estero delle società commerciali, oppure del luogo dove è la sede dell'amministrazione, o dell'impresa⁽⁸³⁾, considerino tali circostanze come dei meri indici di collegamento, oppure presuppongono un vero e proprio concetto di nazionalità delle società, e, quindi, più in generale, delle persone giuridiche, la quale, allora, appartarrebbe alla categoria delle nozioni affini a quella cittadinanza⁽⁸⁴⁾.

Ma, anche qui, si tratta di ricostruire la portata della disposizione in esame, prescindendo da ogni ampia costruzione dogmatica degli istituti cui essa si riferisce, e cercando di condurre l'esegesi nel modo più aderente possibile alla intenzione del legislatore: sotto questo profilo, sembra che si debba escludere che la preclusione di cui all'art. 28, ultimo comma, valga per le questioni di stato e di capacità delle persone giuridiche.

Un primo indizio in tal senso si può ricavare dalla stessa lettera della norma, la quale si riferisce ai «privati individui»: espressione, questa, la quale chiaramente è da ricollegarsi con le persone fisiche; ma gli argomenti di maggior peso, per pervenire ad analoga conclusione, possono essere tratti dalla stessa *ratio* della disposizione in esame: quale sia tale *ratio* lo si vedrà tra breve, ma fin da ora si può anticipare l'affermazione che, se si delinea il fondamento dell'art. 28, ultimo comma, secondo gli orientamenti accolti comunemente in dottrina, si deve ammettere, in base ad esso, che il Consiglio di Stato possa

⁽⁸³⁾ Cfr. artt. 2505, 2509 cod. civ.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. per esempio, FRANCESCO FERRARA JR., il quale intitola un capitolo della sua opera «*Gli imprenditori e le società*» (3ª ed., Milano 1952), alla «*Nazionalità delle società*» (pag. 427, 428).

risolvere incidentalmente le questioni pregiudiziali relative allo stato e alla capacità delle persone giuridiche.

In questo senso sono, del resto, alcune non frequenti e, purtroppo, apodittiche affermazioni dottrinali⁽⁸⁵⁾, ed una recente soluzione giurisprudenziale⁽⁸⁶⁾, la quale, peraltro, riguardava un punto non decisivo del giudizio⁽⁸⁷⁾;

d) infine, la capacità di agire in base alla disposizione in esame, il giudice amministrativo non può risolvere incidentalmente le questioni concernenti la capacità di agire di una persona, e le sue eventuali limitazioni (ipotesi dell'inabilitato, e del minore emancipato).

Scorrendo l'enumerazione, sopra compiuta, delle questioni di stato e di capacità delle persone, alle quali dovrebbe essere applicato l'art. 28, ultimo comma, non si può non rilevare come sia assai difficile configurare comunque, e, cioè, indipendentemente da tale norma, un'ipotesi in cui la decisione di tali questioni possa essere fatta solo in modo incidentale.

Infatti, è vero, da un lato, che l'attribuzione di uno degli *status* o delle capacità precedentemente indicati, presuppone, rigidamente, la sussistenza di determinati presupposti di fatto: per esempio, una malattia mentale nell'ipotesi di interdizione; il fatto fisico della procreazione, nella ipotesi di riconoscimento di figlio naturale; la nascita da cittadini italiani, nell'ipotesi di attribuzione della cittadinanza, e così via; sembrerebbe, allora, che nella attribuzione degli *status* e delle capacità in parola, il ruolo decisivo fosse svolto dal verificarsi di tali presupposti, il quale potrebbe essere accertato principaliter in una controversia avente per oggetto la titolarità, da parte di una data persona, di uno *status*, o di una capacità, ma che potrebbe essere valu-

⁽⁸⁵⁾ Vedi: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 213; VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 523.

⁽⁸⁶⁾ Cass., sez. un., 10 ottobre 1956, n. 3486, in *Foro amm.*, 1957, II, 1, 111.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. sul punto, le considerazioni che già abbiamo avuto occasione di svolgere, in nota alla sentenza citata (*Osservazioni in tema di giurisdizione del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali*, in *Foro amm.* 1957, II, 1, 124).

tato anche *incidenter tantum*, nel corso di un giudizio, avente tutt'altro oggetto; e sarebbe proprio questa valutazione, che l'art. 23, ultimo comma, precluderebbe al giudice amministrativo.

In realtà, però, nella grande maggioranza delle ipotesi precedentemente enumerate, il verificarsi di tali presupposti di fatto non comporta affatto l'attribuzione automatica all'individuo, dello *status* o della capacità di cui si tratta, ma è necessario, a tal fine, che venga emanato, da un determinato organo statale, un atto, avente efficacia costitutiva dello *status*, della capacità, e delle sue modificazioni.

Analizzando più da vicino il fenomeno, si può rilevare come questo atto possa avere diverso carattere; sotto questo profilo, perciò, le ipotesi precedentemente enumerate, possono essere classificate secondo un criterio diverso da quello sopra impiegato, e delineato in relazione ai differenti caratteri dell'atto in parola.

Talvolta, questo atto ha la natura di una sentenza emanata dal giudice civile, a conclusione di un procedimento contenzioso: rientrano in questa ipotesi, soprattutto, i casi di riconoscimento giudiziale di paternità e di maternità, e taluni casi, nei quali una sentenza civile produce determinati effetti, che vengono ad incidere, comunque, su *status* di carattere familiare del soggetto; per esempio, la sentenza che pronuncia la separazione contenziosa tra coniugi.

Infine, devono essere accostati alla ipotesi in esame, il caso di accertamento della nullità del matrimonio: è vero che il legislatore parla, a questo proposito, di « nullità » del matrimonio, e perciò, a rigore, il provvedimento giurisdizionale dovrebbe avere natura meramente dichiarativa; in realtà, però, il ricorso all'autorità giudiziaria è regolato come una vera e propria impugnazione, da decidersi con sentenza che, almeno in qualche caso, ha natura costitutiva; e, ad ogni modo, da tutta la disciplina di tale impugnazione, risulta chiaro che il matrimonio può

essere impugnato solo *principaliter*: in difetto della proposizione di un giudizio, avente tale oggetto, non sembra possibile che la nullità del vincolo possa essere rilevata solo incidentalmente.

La seconda ipotesi da ricordare, è quella in cui l'attribuzione, la modifica o l'estinzione di un determinato *status*, o capacità, può essere compiuta solo mediante un atto emanato dalla autorità giudiziaria ordinaria, il quale, però, conclude un procedimento non contenzioso, bensì di volontaria giurisdizione; gli esempi più cospicui inquadrabili in tale ipotesi possono essere individuati in materia di capacità di agire (interdizione, inabilitazione, emancipazione); di separazione personale non contenziosa, di adozione, affiliazione, etc. ⁽⁸⁸⁾.

Infine, la terza ipotesi è quella in cui sugli *status* e sulle capacità in questione viene ad incidere un atto amministrativo: taluni casi di concessione della cittadinanza, casi del riconoscimento e della legittimazione di figlio naturale mediante decreto del Capo dello Stato.

Nelle tre ipotesi indicate, è evidente come lo *status* o la capacità, e le relative modificazioni ed estinzioni, non derivino automaticamente dal verificarsi dei presupposti di fatto cui essi sono collegati, ma, al contrario, trovino la loro fonte nell'atto che ha effetto costitutivo. Per tale ragione, la cognizione incidentale del verificarsi dei presupposti suddetti non può mai costituire autonoma rilevanza, per l'attribuzione di quegli *status* e di quelle capacità delle quali si discorre: per ottenere questo effetto, si dovrà, talvolta, adire l'autorità giudiziaria ordinaria, instaurando un vero e proprio processo civile; e se si volesse escludere che, in qualche caso, la relativa sentenza abbia natura

(88) Per la distinzione tra le azioni di stato, e i provvedimenti di volontaria giurisdizione riguardanti lo stato delle persone. v.: RANELLI, *Del concetto di status e delle sue applicazioni nel diritto processuale*, in *Studi senesi*, 1925, pagina 176 ss.

costitutiva, bisognerebbe sempre ammettere che si sarebbe in presenza di una di quelle ipotesi, in cui la legge prescrive che una determinata questione deve essere decisa in un autonomo giudizio. Altre volte, comunque, sarà necessario l'intervento della autorità giudiziaria in sede non contenziosa, oppure dell'autorità amministrativa.

In tutti questi casi, indipendentemente dal disposto dell'articolo 28, ultimo comma, non si vede come possa sorgere ed essere risolta in via puramente incidentale, una questione di stato o di capacità di persone: a rigore, poichè tali *status* e tali capacità derivano dall'atto statutale che si è detto, essi potrebbero essere messi in discussione, solo contestando l'esistenza, la validità, o la autenticità di tale atto; ora, se si contesta l'esistenza di tali atti, la questione, evidentemente, può essere risolta solo con la produzione dell'atto di cui si tratta; se si contesta l'autenticità di questo, poichè esso è pubblico, si deve ricorrere, ovviamente, alla querela di falso, alla cui impossibilità di essere decisa in via incidentale, si è già accennato. Resterebbe, infine, il solo caso della contestazione della validità: ma, anche qui, si tratta di atti, la cui impugnazione è sottoposta a speciali discipline, secondo la loro natura di sentenza, di provvedimento di volontaria giurisdizione, o di atto amministrativo; sembra da escludere, perciò, anche sotto questo profilo, ogni possibilità di sindacato meramente incidentale.

In definitiva, la possibilità di applicazione della disposizione in esame a questioni, le quali, altrimenti, potrebbero essere decise incidentalmente dal giudice amministrativo, si ridurrebbero alla sola ipotesi, nella quale, al verificarsi di determinati presupposti di fatto, seguirebbe automaticamente l'attribuzione di uno degli *status* o capacità sopra indicati; ma, invero, non appare facile individuare casi del genere, giacchè, da un lato, tali *status* e tali capacità si riflettono, di regola, nei c.d. atti di stato civile, i quali, d'altro canto, almeno secondo parte della dottrina, avrebbero carattere costitutivo, o di condizione

di efficacia, o di fatto presuntivo dello *status* e della capacità⁽⁸⁹⁾: tutte concezioni, le quali sembrano escludere comunque la possibilità di un accertamento incidentale dell'attribuzione dello *status* o della capacità sulla base di un esame incidentale dei soli presupposti di fatto, cui esso è collegato.

Le considerazioni che precedono, possono acquistare rilevanza, per la valutazione della portata della disposizione che si esamina, ove si considerino le difficoltà che si incontrano, in sede di individuazione della *ratio* della disposizione stessa.

Di solito, si fa riferimento, a questo proposito, al carattere di delicatezza e di importanza della materia sulla quale si viene ad incidere, con decisioni su questioni di stato e di capacità delle persone; ma questo argomento non sembra soddisfare troppo, giacchè, se tali questioni hanno carattere meramente pregiudiziale, la loro soluzione rileva solo per la decisione della questione principale, senza acquistare una ulteriore rilevanza, per così dire, esterna al processo di cui si tratta, e senza passare, a maggior ragione, in cosa giudicata; per tali ragioni, in realtà, l'importanza e la delicatezza della questione pregiudiziale non può mai essere valutata in modo autonomo, ma, in definitiva, si identifica con la importanza e la delicatezza della stessa questione principale.

Questi dubbi e incertezze, sulla *ratio* della disposizione che si esamina, si ritrovano anche a proposito della analoga norma dettata per il processo penale, la quale, appunto, riserva anche qui al giudice civile la decisione di questioni sullo stato delle persone, escludendo, cioè, che esse, quando si presentano come pregiudiziali nel processo penale, possano essere risolte dal giudice penale in via incidentale⁽⁹⁰⁾; ed è molto notevole che nella

(89) Cfr. sul punto per una esposizione ed una valutazione critica delle varie teorie: ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949, pag. 7 ss.

(90) Art. 19 cod. proc. pen. Da notare, che questa norma dispone la obbligatoria sospensione del processo penale, e la necessità della decisione in via principale della questione di stato, da parte del giudice civile, solo quando tale

trattazione più completa ed approfondita del fenomeno della pregiudizialità nel processo penale, si sia escluso che la *ratio* della disposizione in esame possa essere rinvenuta in considerazioni del genere di quelle cui si è sopra accennato, adottando, invece, una soluzione la quale è senz'altro orientata verso una tendenza sostanzialmente da accogliersi: e cioè, che tali questioni non possono essere decise dal giudice diverso da quello civile, non già per motivi attinenti direttamente alla competenza, ma perchè esse devono essere risolte in un autonomo giudizio e con forza di giudicato⁽⁹¹⁾: ritorna, così, la solita prevalenza del profilo dell'efficacia della decisione, rispetto a quello della competenza; ed il primo domina tutto il fenomeno della pregiudizialità, assorbendo il secondo completamente, come si è visto più volte.

Nella valutazione di una affermazione del genere, però, è necessario procedere con molta cautela: infatti, se si sostiene che le questioni di stato e di capacità delle persone devono essere decise sempre *principaliter*, questa considerazione si presenta, evidentemente, con un carattere di assolutezza, che prescinde dal tipo di processo, in cui tali questioni sorgono; per tale ragione, essa deve valere anche nel processo civile.

Ora, è indubbio, che neppure il giudice civile possa decidere solo *incidenter tantum*, la maggior parte delle questioni di stato e di capacità; ma, anche senza compiere una analisi dettagliata sul punto, la quale, in questa sede, sarebbe inopportuna, si può rilevare come in taluni casi, la possibilità di una cognizione del genere non possa essere esclusa⁽⁹²⁾; e questi casi

questione si presenti come pregiudiziale rispetto a quella della esistenza del reato; non vi sarebbe luogo a sospensione, quindi, quando la questione di stato presenti una diversa rilevanza; per esempio, quando dalla sua soluzione sia condizionata la concessione di una attenuante, o l'applicazione di una aggravante: in questi, come negli altri casi del genere, il giudice penale potrebbe risolvere incidentalmente la questione di stato; cfr., sul punto: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 52 ss., 276 ss.

(91) FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 116, 117.

(92) Cfr. in questo senso: ATTARDI, *Efficacia giuridica*, etc., cit., pag. 47 ss.,

devono essere inquadrati, appunto, nella ipotesi prima delineata, nella quale lo *status* e la capacità conseguono automaticamente, al verificarsi di determinati presupposti di fatto.

Per tale ragione, se si afferma che, in via assoluta, il giudice amministrativo (e penale) non possono risolvere, *incidenter tantum*, nessuna delle questioni di stato e di capacità, si viene ad ammettere che questa preclusione è più ampia di quella disposta per il giudice civile; che essa non può avere per fondamento l'esigenza che tali questioni vengano decise *principaliter*; che essa, al contrario, deve essere ricollegata direttamente alla discriminazione di giurisdizioni, in modo del tutto anomalo, giacchè questa dovrebbe riferirsi al solo oggetto del giudizio, e non riguardare l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali; che, infine, tale preclusione deve basarsi su ragioni le quali, come si è detto, sono definibili solo in modo assai incerto.

A queste conclusioni, si deve arrivare inevitabilmente se si accoglie l'impostazione della comune dottrina, la quale interpreta l'art. 28 ultimo comma, nel senso di attribuire l'ampia portata accennata, alla preclusione della cognizione incidentale delle questioni di stato e di capacità, applicandola a tutte le questioni del genere.

Per le incertezze e i dubbi, che riguardano il fondamento sistematico di questa interpretazione, crediamo, però, che l'esegesi della lettera della disposizione in esame debba essere con-

il quale afferma, in generale, che le questioni pregiudiziali di stato possono essere risolte incidentalmente.

Da notare, come in alcuni casi anomali, il giudice civile, in procedimenti non contenziosi, può risolvere questioni di stato, in via che si direbbe incidentale, se tale termine potesse essere applicato in casi così particolari; v., per es., gli artt. 2 e 3 L. 19 gennaio 1942, n. 23, sull'adeguamento dell'imposta di successione alle quote ereditarie spettanti ai figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili: i figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili, il cui rapporto di filiazione col *de cuius* risulta nel modo del n. 3 dell'art. 279 cod. civ., possono godere di particolari aliquote di imposta, sulla base di un decreto del tribunale che accerti il rapporto suddetto; tale decreto viene pronunciato in camera di consiglio, in seguito ad istruttoria priva di formalità.

dotta più restrittivamente, accogliendo quella soluzione, che definisce la portata della norma in modo puntualmente corrispondente a quella *ratio* di essa, che appare sicuramente accertata; quella soluzione, cioè, per cui al giudice amministrativo è preclusa la cognizione incidentale, di quelle sole questioni di stato e di capacità delle persone (e sono, peraltro, di gran lunga, le più numerose ed importanti), le quali, in ogni caso, devono essere decise in un autonomo giudizio; seguendo questa tendenza, si evitano, tra l'altro, alcune conseguenze assurde, cui porterebbe inevitabilmente la diversa opinione; per esempio, questa: se sorge una questione pregiudiziale sulla capacità di agire di una persona, in quanto è contestato se essa, in un determinato momento, avesse compiuto o meno la maggiore età, interpretando l'art. 28 nel modo più ampio, si dovrebbe ammettere che il giudice amministrativo non può risolvere tale questione, sulla base delle risultanze anagrafiche.

Questa soluzione può essere ulteriormente rafforzata, con alcune considerazioni che si possono svolgere in relazione ad una ipotesi, nella quale questione di stato e impugnazione dell'atto amministrativo coincidono: essa si verifica nei casi, sopra visti, nei quali un determinato *status* viene costituito con atto amministrativo.

Il caso che è stato sottoposto al giudice amministrativo è quello della impugnazione di un provvedimento, col quale è stato negato il riconoscimento di un figlio adulterino; ora, è evidente che nella fattispecie è assolutamente inapplicabile l'art. 28 ultimo comma, giacchè, anzitutto, se si vuole identificare la questione della legittimità dell'atto, che costituisce lo *status*, con la questione di stato⁽⁹³⁾, non vi è dubbio che la questione di stato non si presenta come pregiudiziale, ma, al contrario, è l'oggetto stesso del giudizio: e non si vede come possa essere discono-

(93) In questo senso, v. la decisione del Consiglio di Stato citata nella nota seguente.

sciuta la competenza del giudice amministrativo, a conoscere della legittimità dell'atto in questione⁽⁹⁴⁾.

(94) Come è noto, infatti, il codice civile dispone che il riconoscimento del figlio adulterino, in una determinata ipotesi, possa avvenire solo mediante decreto del Capo dello Stato, sia pure sulla base di una dichiarazione del padre naturale (art. 252, 3° comma, cod. civ.; v. anche i successivi artt. 280 ss., sulla legittimazione di figli per decreto del Capo dello Stato).

In tale ipotesi, il decreto del Capo dello Stato, secondo la dottrina dominante, ha effetto costitutivo dello *status*, e non è solo condizione di efficacia del riconoscimento operato dal genitore (v. per tutti: MESSINEO, *Manuale*, cit., vol. II, pag. 134; cfr. anche: CARRESI, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940, pag. 99; SANTORO PASSARELLI, *Riconoscimento per decreto reale e legittimazione per susseguente matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 70; v. anche, *ivi*, la citazione dell'opinione di CICU); ci si trova in presenza, perciò, di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, col cui esercizio si costituisce una situazione giuridica soggettiva; e tale esercizio è parzialmente vincolato, in quanto la legge prescrive la sussistenza di determinati presupposti, taluni di carattere sostanziale (soprattutto: il fatto fisico della filiazione), altri di carattere formale (per esempio, il parere del Consiglio di Stato; in genere, per la procedura da seguire, v. l'art. 34 disp. attuazione cod. civ.) (per l'esame dei presupposti del decreto del Capo dello Stato, v.: DEGNI, *Della filiazione*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio e Finzi*, Libro I (*Persone e famiglia*), pag. 547, 548); per altro verso, però, l'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione è largamente discrezionale, in quanto è basato, comunque, sull'apprezzamento della convenienza di procedere al riconoscimento; dati questi caratteri di tale esercizio, è evidente che l'atto amministrativo così posto in essere deve essere impugnato davanti al giudice amministrativo, almeno secondo il criterio di discriminazione di giurisdizione accolto dalla giurisprudenza (v., infatti, in questo senso: IV sez., 5 marzo 1941, in *Foro it.*, 1941, III, 97; cfr. anche: IV sez., 22 settembre 1933, *ivi*, 1933, III, 221; per una analisi dei possibili motivi di impugnativa del decreto del Capo dello Stato, v.: FORRI, in *Foro it.*, 1941, III, 97).

La citata decisione della IV sez. 5 marzo 1941, perviene, però, alla stessa conclusione, sulla base di un diverso ragionamento; tale decisione, infatti, opera una distinzione tra *status*, aventi il carattere di diritto soggettivo perfetto, e *status*, aventi, invece, il carattere di interesse legittimo, e nota come la disposizione che riserva alla cognizione del giudice civile le questioni di stato, si ponga come eccezione al principio generale, per il quale il giudice amministrativo può conoscere di questioni pregiudiziali relative a diritti soggettivi: perciò, tale riserva varrebbe solo per gli *status* aventi il carattere di diritto soggettivo perfetto, mentre non riguarderebbe gli *status* aventi il carattere di interesse legittimo, la cui disciplina andrebbe ricercata non nell'art. 28, ma nel criterio generale di discriminazione della giurisdizione amministrativa da quella civile; questo ragionamento non pare del tutto convincente, giacchè è fondato sulla distinzione tra *status-diritti* soggettivi e *status-interessi* legittimi, la quale non può essere accolta: infatti, come già si è visto precedentemente, lo *status* ha il carattere di situazione

Da ciò consegue che le questioni di stato non sono di per sè, una materia che non può essere considerata dal giudice amministrativo, giacchè, anzi, in certe ipotesi, è proprio questo, e non il giudice civile, che può decidere su di essa: per questa ragione, si deve escludere che la preclusione di cui all'art. 28, ultimo comma, possa ricollegarsi alla disciplina della competenza per materia; allora, anche per questa strada, si ritorna alla stessa conclusione, e cioè che la disposizione in esame è basata sulla circostanza che, normalmente, le questioni di stato devono essere decise *principaliter*, e non *incidenter*; con l'ovvia conseguenza che, ove la decisione incidentale sia possibile, non vi è motivo per negare che essa possa essere presa dal giudice amministrativo.

Infine, occorre svolgere alcune brevissime considerazioni, sull'ultima parte del terzo comma dell'art. 28, la quale dispone che il giudice amministrativo può conoscere della questione della capacità di stare in giudizio della parte.

In proposito si può notare come la capacità di stare in giudizio corrisponde, sul piano processuale, alla capacità di agire, che ha rilevanza sostanziale: in questo senso è la nota impostazione di CHIOVENDA⁽⁹⁵⁾; si può dubitare, però, che la capacità

giuridica soggettiva autonoma la quale, come tale, non è riducibile nè a diritto soggettivo, nè a interesse legittimo; che, anzi, il carattere peculiare dello *status*, è delineabile in relazione alla circostanza, per cui esso costituisce il presupposto, per la titolarità di tutta una serie di altre situazioni giuridiche soggettive, del tipo di diritti, poteri, interessi, etc.

A ben guardare, nell'impugnazione del diniego di riconoscimento di figlio adulterino, quel che acquista la rilevanza di primo piano, non è lo *status*, in quanto tale, di figlio riconosciuto, *status*, che deriverebbe dall'atto di riconoscimento, bensì la posizione che ha il soggetto, di vedersi attribuito tale *status*: ed è nei confronti di questa posizione, che è possibile applicare la distinzione, tra diritto soggettivo e interesse legittimo: poichè di fronte ad essa, sta un potere, per di più discrezionale, della pubblica Amministrazione, non pare dubbio che, in base agli ordinari criteri di discriminazione di giurisdizione, il giudice amministrativo sia competente a conoscere in via principale, della legittimità dell'esercizio di tale potere.

⁽⁹⁵⁾ Secondo CHIOVENDA, si dovrebbe operare, anzitutto, la distinzione tra capacità di essere parte e capacità di stare in giudizio: si tratterebbe di due figure,

di stare in giudizio costituisca una vera e propria capacità, in senso tecnico, del soggetto: sembra, infatti, che tale capacità si risolva, in definitiva, in un semplice aspetto della generica capacità di agire, il quale si riferisce, propriamente, all'esercizio del potere di adire l'autorità giurisdizionale; e come si è escluso che abbiano il carattere di capacità in senso tecnico, quelle c.d. capacità speciali, le quali si ricollegano con la capacità giuridica, e attengono, in definitiva, alla titolarità di un solo potere, così si deve negare lo stesso carattere anche alle mere possibilità di esercizio di singoli poteri, le quali sono da ricollegarsi con la capacità di agire nel suo complesso.

Le ragioni, che hanno spinto il legislatore a disporre esplicitamente una disciplina dell'accertamento della c.d. capacità di stare in giudizio, che sembrerebbe speciale, rispetto a quella della generica capacità di agire, sono da ricercarsi in relazione al principio generale, per cui ogni giudice, almeno di regola, può esaminare la sussistenza dei presupposti, al cui verificarsi è vincolata l'esplicazione della propria funzione nel merito della domanda; e non vi è dubbio che la capacità di stare in giudizio costituisca uno dei c.d. presupposti processuali, intendendo quest'espressione in un significato molto lato.

Per tale ragione, sembra che, molto probabilmente, anche se la norma avesse taciuto sul punto, l'interprete sarebbe dovuto arrivare ugualmente all'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione incidentale sulla sussistenza della capacità in parola.

In conclusione, sembra che l'intero terzo comma dell'arti-

di carattere processuale, le quali corrisponderebbero, rispettivamente, alle due figure di carattere sostanziale, della capacità giuridica, e della capacità di agire (*Principi*, cit., pag. 583 ss., 588 ss.); questa impostazione è stata accolta sostanzialmente dalla dottrina posteriore (cfr.: CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., vol. II, pag. 230 ss.; REDENTI, *Diritto processuale*, cit., vol. I, pag. 157 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, cit., vol. I, pag. 333, 334; LIEBMAN, *Manuale*, cit., vol. I, pag. 135), per quanto, di recente, la distinzione tra capacità di essere parte e capacità di agire sia stata vivacemente criticata da un insigne processualista (SATTA, *Diritto processuale*, cit., pag. 71).

colo 28, abbia una portata normativa del tutto nulla, in quanto l'intera disciplina in esso contenuta, nei suoi diversi punti, è interamente ricavabile *aliunde*, in base ai principi che reggono il fenomeno della pregiudizialità; rimane così confermata l'affermazione precedentemente avanzata, secondo la quale la concreta disciplina della pregiudizialità nel processo amministrativo, è meramente consequenziale a tali principi.

32. I lineamenti che si sono attribuiti al fenomeno della pregiudizialità, comportano, come si è visto, lo svincolamento di questo, dalla interferenza di competenze tra organi giurisdizionali diversi; da ciò consegue che si possono considerare pregiudiziali, sia pure solo in senso logico, le questioni, antecedenti a quella c.d. principale, la quali non possono mai costituire un autonomo oggetto del giudizio; non solo, ma si devono valutare come questioni pregiudiziali in senso tecnico, anche quelle questioni le quali, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadono nella competenza del giudice della causa principale ⁽⁹⁶⁾.

Applicando queste considerazioni al processo amministrativo, risulta che anche le questioni che sorgono in tale processo, ponendosi come antecedenti logici della decisione finale, le quali abbiano per oggetto la legittimità di un atto amministrativo, diverso da quello impugnato, costituiscono delle pregiudiziali in senso tecnico. È evidente, che questo lavoro non può concludersi, senza lo svolgimento di alcuni rilievi concernenti questa ipotesi.

Si può notare, anzitutto, come anche nel caso in cui l'accertamento della legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, si ponga come pregiudiziale all'accertamento della legittimità di quest'ultimo, tale nesso di pregiudizialità processuale può riflettere un nesso di carattere sostanziale; e

⁽⁹⁶⁾ Cfr. l'art. 34 cod. proc. civ.

ciò, quando la legittimità, o la illegittimità, del primo atto, costituisca condizione di legittimità del secondo; non si può escludere la possibilità, però, che, secondo i consueti schemi, la pregiudizialità processuale non trovi riscontro sul piano sostanziale.

Volendo indicare alcuni esempi dell'ipotesi che si esamina in questo paragrafo, si può accennare al caso in cui si impugni un provvedimento di annullamento d'ufficio di altro atto amministrativo, e il motivo di ricorso sia costituito dalla carenza di presupposto, in quanto questo secondo atto sarebbe stato pienamente legittimo; in questo caso, la illegittimità di questo atto, è condizione di legittimità del provvedimento del suo annullamento, e, corrispondentemente, sul piano processuale, l'accertamento di tale illegittimità, costituisce questione pregiudiziale, rispetto all'accertamento della legittimità dell'atto di annullamento; ed analogamente si dovrebbe ragionare, nel caso in cui si impugni il provvedimento col quale l'Amministrazione si rifiuta di annullare d'ufficio un atto non tempestivamente impugnato, motivando in riferimento alla legittimità di questo ⁽⁹⁷⁾.

È evidente come, in casi del genere, il giudice amministrativo possa pienamente sindacare la legittimità dell'atto diverso da quello impugnato, senza incontrare preclusioni, a meno che la valutazione di tale legittimità non abbia già costituito oggetto di un autonomo giudizio, conclusosi con una decisione passata in giudicato.

È parimenti evidente, che non si potrebbe contestare tale potere al giudice amministrativo, sulla base della nota giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale nega, comunque, la possibilità del sindacato suddetto; e ciò, perchè questa giurisprudenza si ricollega all'affermato divieto per il giudice amministrativo, di disapplicare atti amministrativi diversi da quello impugnato, mentre, al contrario, nei casi sopra esemplificati, la legittimità o la illegittimità dell'atto non impugnato acquista rile-

⁽⁹⁷⁾ Per una simile fattispecie v.: IV sez., 18 maggio 1956, n. 527, in *Foro amm.*, 1956, I, 1, 498.

vanza, per così dire, solo come fatto storico, senza che entri per nulla l'istituto della disapplicazione.

Con questa ultima considerazione, però, si è toccato un problema di grande delicatezza, il quale presenta notevoli interferenze con quello della pregiudizialità, nell'ipotesi di questa ora in esame: il problema della disapplicabilità da parte del giudice amministrativo, di atti amministrativi illegittimi diversi da quello impugnato.

Non vi è dubbio, che la principale ragione, per cui la dottrina, in sede di precisazione dei caratteri della pregiudizialità, trascura di considerare il caso in cui la questione pregiudiziale, valutata come autonomo oggetto del giudizio, appartenga comunque alla competenza del giudice amministrativo, è costituita dalla nozione stessa del fenomeno della pregiudizialità, che di solito è accolto; quella nozione, cioè, che fa perno sulla interferenza di competenze di organi giurisdizionali diversi.

Sembra innegabile, però, che la scarsa considerazione dell'ipotesi di questione pregiudiziale che adesso si esamina, sia dovuta, oltre al motivo suddetto, anche alla circostanza che il problema è confuso con quello della disapplicazione degli atti amministrativi, considerando come questione pregiudiziale del tipo in parola, la questione della disapplicabilità di un atto diverso da quello impugnato, la quale è, o dovrebbe essere, compiuta *incidenter tantum* dallo stesso giudice amministrativo.

Che i due fenomeni, viceversa, debbano essere tenuti accuratamente distinti, parrebbe già chiaro, sulla base di quegli esempi, sopra indicati, di questioni pregiudiziali, le quali concernono la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, senza, peraltro, involgere minimamente il problema della sua disapplicazione; ma le interferenze tra i due fenomeni presentano tanta rilevanza, da consigliare un approfondimento dell'analisi dei reciproci rapporti, per poter meglio individuare, non solo le analogie apparenti, che portano alla loro confusione, ma anche, e soprattutto, i caratteri della loro distinzione.

Come è noto, la dottrina amministrativistica più recente dedica molta attenzione al problema della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi⁽⁹⁸⁾; ognuno sa che cosa si intenda per disapplicazione di tali atti, e, perciò appare del tutto superfluo entrare nei dettagli dell'istituto, e tratteggiare la ben conosciuta evoluzione dottrinale, la quale, partendo dal riferimento alla disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, da parte del giudice ordinario, che è contenuto nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ha portato alla costruzione di una nozione di inapplicabilità dell'atto illegittimo, la quale avrebbe un carattere sostanziale, prima ancora che processuale⁽⁹⁹⁾.

Del resto, l'aspetto del fenomeno in esame che assume maggiore interesse in questa sede, è quello concernente l'attribuzione anche al giudice amministrativo, sia pure in vario senso limitata, di un potere analogo al potere del giudice ordinario.

Un'attribuzione del genere parrebbe, a prima vista, assai problematica; infatti, la possibilità concessa al giudice ordinario, di non tener conto di un determinato atto amministrativo illegittimo, ai fini della ricostruzione del regolamento di una concreta fattispecie, è strettamente connessa al divieto, imposto allo stesso giudice, di annullare tale atto, e, anzi, essa appare come la diretta conseguenza di questo⁽¹⁰⁰⁾; per tale ragione, il rilievo per cui il giudice amministrativo ha, istituzionalmente,

⁽⁹⁸⁾ Oltre alla monografia di CANNADA BARTOLI, già più volte citata, v. la bibliografia che già abbiamo avuto occasione di indicare in nostre: *Osservazioni sull'impugnativa*, etc., cit., pag. 939 ss.; per la dottrina posteriore, v., tra gli altri: CANNADA BARTOLI, *In tema di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e di disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 171; CASSARINO, *Atti amministrativi discrezionali e disapplicazione in giudizio*, *ivi*, II, 1, 163; DAL PIAZ, *Osservazioni sui limiti del sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria ordinaria sugli atti amministrativi, con particolare riferimento al vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1957, II, 17; FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 337 ss.

⁽⁹⁹⁾ In questo senso, v., soprattutto: CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, etc., cit., pag. 40.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., le considerazioni che si sono già svolte in nostre: *Osservazioni sulla impugnativa*, etc., cit., pag. 939, e la letteratura ivi citata.

il potere di annullamento degli atti della pubblica Amministrazione, sembrerebbe equivalere alla negazione, *in radice*, della possibilità di tale giudice, di disapplicare quegli atti, che egli stesso può annullare.

Invero, non appare dubbio che i provvedimenti, mediante i quali il giudice amministrativo tutela l'interesse del ricorrente, non possono non avere, per definizione, il carattere di annullamento dell'atto impugnato; ma anche a prescindere dalla natura della giurisdizione amministrativa, non si vede, d'altro canto, come la domanda di disapplicazione di un atto illegittimo possa essere rivolta in via principale, e non in via incidentale; anche per questa ragione, quindi, appare inconcepibile che il soggetto leso da un atto dell'Amministrazione, adisca il giudice amministrativo, limitandosi a chiedere la disapplicazione di tale atto, e non il suo annullamento.

Una notevole corrente dottrinale, però, pur non disconoscendo la incontrovertibilità delle considerazioni che precedono, si è dichiarata in senso favorevole alla attribuzione al giudice amministrativo, almeno in qualche ipotesi, del potere di disapplicare un atto amministrativo illegittimo⁽¹⁰¹⁾; e gli ultimi rilievi sopra svolti indicano chiaramente su quale base tali ipotesi possono essere individuate,

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. gli autori che si sono già citati in *Osservazioni sulla impugnativa*, etc., pag. 941, nota 162, e le parole di HUBER, riportate da CANNADA BARTOLI all'inizio della sua monografia.

È controverso, peraltro, il fondamento del potere di disapplicazione degli atti illegittimi, che dovrebbe essere attribuito, in via generale, ad ogni giudice; è evidente che, se si costruisce la inapplicabilità sul piano sostanziale, secondo l'impostazione di CANNADA BARTOLI, bisogna ammettere che essa vale nei confronti di qualsiasi organo giurisdizionale (per questa esplicita affermazione v., appunto: CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., pag. 192); talvolta, però, si è affermato che il principio in parola è contenuto implicitamente già nel nostro sistema costituzionale (così: GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e per la riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, 73; *contra*: CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., pag. 9 ss.; *Recenti interpretazioni dell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, 336).

Senza dubbio, la disapplicazione nel processo amministrativo, come, del resto, in quello civile, non può non avere carattere incidentale; per tale ragione, la disapplicazione, nel caso che ci interessa, non può mai riguardare l'atto amministrativo impugnato, ma un diverso atto, la cui esistenza condiziona, positivamente o negativamente, l'atto impugnato.

Tale considerazione richiama subito la nozione di procedimento; e, in realtà, il maggior numero di fattispecie, nei confronti delle quali si può pensare che possa soccorrere l'istituto della disapplicazione, riguardano atti, i quali precedono, in una serie procedimentale, l'atto impugnato; non tutti i casi del genere, però, sono necessariamente connessi con la nozione di procedimento; una precisazione della portata di una connessione del tipo non può essere qui compiuta, anche perchè i risultati cui si potrebbe pervenire in proposito, appaiono troppo strettamente condizionati da quel concetto di procedimento che si accoglie; comunque, almeno un caso sembra acquistare una rilevanza autonoma: ossia, quello in cui l'atto impugnato costituisce applicazione di una disposizione regolamentare illegittima, ripetendo da questa, perciò, la propria illegittimità⁽¹⁰²⁾.

Come è noto, la giurisprudenza, ormai consolidatissima, nega comunque che il giudice amministrativo possa disapplicare atti amministrativi illegittimi, affermando che egli può solo annullarli; secondo questo orientamento, cioè, il privato non potrebbe mai limitarsi alla richiesta di disapplicazione di un atto amministrativo, la cui esistenza condiziona la legittimità dell'atto impugnato, ma dovrebbe sempre chiedere il suo annullamento; e, corrispondentemente, il giudice amministrativo, in ipotesi del genere, non dovrebbe limitare l'esercizio del proprio potere di annullamento al solo atto che lede l'interesse del ricorrente, ma dovrebbe annullare anche tutti gli altri atti, i quali condizionano la legittimità di quest'ultimo.

⁽¹⁰²⁾ Su questo problema, v. le considerazioni già svolte in nostre: *Osservazioni sulla impugnativa*, etc., cit., pag. 917 ss., 946 ss.

Questa impostazione, in realtà, lascia piuttosto perplessi; e la fonte di tali perplessità, può essere individuata nel dubbio che essa celi una petizione di principio; tale impostazione, infatti, si basa sul presupposto, di per sé esatissimo, per cui non è possibile la coesistenza del potere di disapplicazione, e del potere di annullamento; ossia, nei casi nei quali il giudice amministrativo può annullare, egli non può disapplicare.

Sulla base di questa considerazione, la giurisprudenza prosegue, rilevando che il giudice amministrativo ha, istituzionalmente, il potere di annullare, in via generale, gli atti amministrativi illegittimi; perciò, conclude, egli non può avere, in via generale, il potere di disapplicare; ora, è proprio l'affermazione che il giudice amministrativo, potendo annullare non può disapplicare, che è data per incontrovertibile, mentre, al contrario, dovrebbe essere dimostrata: infatti, non appare peregrino il dubbio che il Consiglio di Stato non possa annullare ogni e qualsiasi atto amministrativo, la cui legittimità acquisti rilevanza, comunque, nel processo amministrativo, ma che al contrario, il potere di annullamento possa essere esercitato solo in relazione a quegli atti, i quali incidano direttamente nella sfera giuridica del ricorrente; se così fosse, conseguirebbe *de plano*, che in tali casi, gli atti i quali non hanno questa incidenza, ma, unicamente, condizionano la legittimità dell'atto impugnato, possano essere disapplicati; e, anzi, possano essere *solo* disapplicati.

Il dubbio indicato trova origine nella stessa natura della giurisdizione amministrativa; infatti, ove a questa si attribuisca il prevalente carattere soggettivo, come, del resto, afferma la dottrina ancor oggi dominante, si dovrebbe ammettere che la funzione istituzionalmente affidata al giudice amministrativo deve essere esercitata in relazione alla tutela della situazione giuridica del ricorrente; ossia, si dovrebbe affermare che il giudice amministrativo può annullare gli atti amministrativi illegittimi solo in quanto essi incidano direttamente su tale situazione giuridica; ogni allargamento della sfera in cui questo potere può

essere esercitato, dovrebbe comportare uno sganciamento della funzione in esame, dalla tutela della situazione del ricorrente, e la funzione stessa apparirebbe strettamente legata al fine di reprimere l'attività amministrativa illegittima, in quanto tale; in altre parole, tale allargamento costituirebbe un argomento, di peso non indifferente, a favore di una concezione strettamente oggettiva della giurisdizione amministrativa stessa⁽¹⁰³⁾; e ciò, specie se si considerino i casi, in cui l'atto non direttamente lesivo dell'interesse del ricorrente ha carattere generale, o, addirittura, normativo, come il regolamento⁽¹⁰⁴⁾.

Dalle considerazioni che precedono, risulta che il problema della ammissibilità di una disapplicazione di atti non impugnati nel processo amministrativo, deve essere impostato su termini assai ampi; pare, comunque, che le argomentazioni comunemente addotte dalla giurisprudenza a favore della soluzione negativa, non abbiano una portata decisiva⁽¹⁰⁵⁾.

Ad ogni modo, non interessa, in questa sede, analizzare la fondatezza di una tendenza giurisprudenziale ormai così consolidata, da rendere la tesi accolta pressappoco impermeabile a qualsiasi critica dottrinale; e, del resto, non si saprebbe cosa aggiungere ai rilievi già altrove svolti⁽¹⁰⁶⁾, e, soprattutto, agli ar-

⁽¹⁰³⁾ Per questa implicazione, v. già nostre: *Osservazioni sulla impugnativa*, etc., cit., pag. 950 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. nostre: *Osservazioni sulla impugnativa*, etc., cit., pag. 953, 954.

⁽¹⁰⁵⁾ Come è noto, infatti, la giurisprudenza si basa molto sulla considerazione per cui, se il ricorrente potesse chiedere la disapplicazione di un atto, che non è più impugnabile per decorso del termine, si violerebbe, in definitiva, il principio che sancisce la perentorietà del termine stesso; ora, questo ragionamento può valere, tutt'al più, nei casi in cui l'atto da disapplicare fosse idoneo, di per sé, a provocare una lesione dell'interesse del soggetto, tale da legittimare la proposizione immediata di un ricorso giurisdizionale; se, invece, sulla base dello stesso ragionamento, si vuole fondare la generale impossibilità, per il giudice amministrativo, di procedere alla disapplicazione di un atto non impugnato, si cade in una petizione di principio: è infatti da dimostrare che possa essere, o, addirittura, che potesse essere impugnato autonomamente l'atto di cui si chiede la disapplicazione incidentale.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. nostre: *Osservazioni sulla impugnativa*, etc., cit., pag. 939 ss.

gomenti e al vigore con cui è già stato combattuto l'orientamento del Consiglio di Stato ⁽¹⁰⁷⁾.

Qui, infatti, interessa solo chiarire la portata della distinzione che si deve comunque tracciare tra disapplicazione dell'atto non impugnato, e soluzione di una questione pregiudiziale, vertente sulla legittimità di questo; come corollario di questa distinzione, risulterà anche che il divieto di disapplicazione, che dovrebbe essere imposto al giudice amministrativo, non coincide con una preclusione alla soluzione di tale questione pregiudiziale; con tale rilievo, d'altra parte, non si vuole escludere che i due istituti indicati interferiscano assai spesso, e che, come conseguenza di tale interferenza, il divieto di disapplicazione, comporti anche la preclusione della soluzione della questione pregiudiziale.

L'analisi della distinzione in esame deve procedere, anzitutto, sulla base di alcune considerazioni, concernenti i caratteri della disapplicazione.

Qualsiasi nozione si voglia accogliere di essa, la disapplicazione non può essere definita, se non ponendo in risalto la sua incidenza sugli effetti dell'atto da disapplicare; e tale nozione, d'altro canto, non appare ulteriormente precisabile, se non cogliendo i suoi tratti comuni, e, soprattutto, quelli differenziali, con quella figura con la quale, come si è visto, essa è strettamente connessa: quella di annullamento.

Sia il potere di annullamento, come quello di disapplicazione, infatti, sono due poteri a contenuto negativo, i quali si riferiscono all'atto giuridico; anzi, si può dire all'atto amministrativo, se si conduce il ragionamento, unicamente dal punto di vista che qui interessa. La distinzione tra l'uno e l'altro, però, poggia su una differenza veramente macroscopica: infatti, mentre l'annullamento incide direttamente sull'atto, cancellandolo dal mondo giuridico, la disapplicazione, almeno se-

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità, etc.*, cit., pag. 194 ss.

condo la più approfondita definizione che ne è stata data in dottrina, concerne solo gli effetti dell'atto stesso: più esattamente, essa elimina tali effetti, o, meglio, li disconosce, in relazione alla singola fattispecie considerata ⁽¹⁰⁸⁾. È facile il rilievo, per cui annullamento e disapplicazione, per qualche aspetto, tendono a confondersi; è ovvia, infatti, l'osservazione, per cui in sede di ricostruzione della disciplina della fattispecie concreta, nei confronti della quale l'atto esplica i propri effetti, non è dato distinguere se tali effetti vengano meno, in quanto si cada l'atto stesso oppure solo perchè essi vengono disconosciuti, senza che l'esistenza di tale atto venga minimamente intaccata; ma anche se questa osservazione, di per sè, è esatissima, non di meno la struttura profondamente diversa del fenomeno sussiste in ogni caso.

Comunque, l'esatta portata della disapplicazione dell'atto, non pare possa essere precisata, se non in relazione all'analisi delle ipotesi in cui questa acquista rilevanza; o, per lo meno, la potrebbe acquistare.

La prima di queste ipotesi, come si è detto, ricorre nell'ambito di un procedimento giuridico.

I recenti studi su questa nozione tendono a mettere in luce il *quid proprium* della serie procedimentale, nei confronti di altri fenomeni affini, e, specialmente, della c.d. formazione successiva della fattispecie; e tale *quid* è stato individuato nella circostanza per cui ogni atto della serie procedimentale, fa sorgere, per un organo diverso da quello che lo ha emanato ⁽¹⁰⁹⁾,

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità, etc.*, cit., pag. 43.

⁽¹⁰⁹⁾ Per la necessità del carattere della pluripersonalità del procedimento, v.: GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., pag. 60 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Per la precisazione dell'ambito di applicazione delle due nozioni, in relazione alla specifica ipotesi che qui interessa, v.: GALEOTTI, *Contributo alla teoria, etc.* cit., pag. 49 ss.

l'obbligo, o per lo meno, l'onere ⁽¹¹⁰⁾, di emanare l'atto successivo ⁽¹¹¹⁾—

Non occorre qui vagliare l'esattezza di questa tesi, la quale, peraltro, comporterebbe la negazione dell'applicabilità della figura in esame, a talune ipotesi privatistiche, le quali, invece, di recente, sono state ad essa ricondotte ⁽¹¹²⁾; è più importante notare, infatti, come tale orientamento porti ad una accentuazione del profilo deterministico del fenomeno; e tale profilo, anche se la sua sussistenza dovesse essere ammessa, non potrebbe assorbire e sovrapporsi completamente all'aspetto teleologico, il quale appare di molta rilevanza.

È da osservare, infatti, che ogni atto della serie procedimentale, oltre, e, anzi, prima ancora di vincolare l'emanazione dell'atto successivo, costituisce il necessario presupposto di questo; è tale profilo della nozione in esame, il quale sembra meritare considerazione.

Punto di partenza per ogni rilievo al riguardo, è il superamento da parte della dottrina più recente della concezione strettamente formale della nozione di procedimento ⁽¹¹³⁾; in realtà, sembra che i singoli atti della serie, considerati ognuno nella propria individualità, presentino una autonoma rilevanza la quale ha vero e proprio carattere sostanziale: più precisamente, ognuno di essi produce una modificazione della situazione giuridica preesistente, e, anzi, ne crea una nuova.

Non è facile individuare gli esatti lineamenti delle varie situazioni giuridiche, essenzialmente precarie, le quali sorgono dopo l'emanazione di ogni atto della serie procedimentale, e che

⁽¹¹¹⁾ In questo senso, v.: CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, pag. 131 ss.; GALEOTTI, *Contributo alla teoria, etc.*, cit., pag. 46 ss.

⁽¹¹²⁾ Per la riconduzione nello schema del procedimento della successione degli atti normativi (negoziali) ed esecutivi dell'autonomia privata v.: ROMANO (Salv.), *Autonomia privata*, cit., pag. 900, 901; per riferimenti sul problema della applicabilità alla autonomia privata della nozione di procedimento, v., esplicitamente, in senso negativo: GALEOTTI, *Contributo alla teoria, etc.*, cit., pag. 93 ss.

⁽¹¹³⁾ In questo senso, v.: GALEOTTI, *Contributo alla teoria, etc.*, cit., pag. 23 ss.; cfr., *ivi*, l'esposizione del problema, e indicazioni bibliografiche.

attendono di essere modificate, a loro volta, dall'atto successivo; può anche darsi che tali lineamenti possano essere precisati sulla base di una nozione, talvolta ricordata nella dottrina tedesca, senza, per altro, essere stata sottoposta ad approfondita analisi: quella di *Rechtslage* ⁽¹¹⁴⁾; probabilmente, anzi, la ragione di tale scarso approfondimento sta nella circostanza, per cui questa analisi non può procedere se non di pari passo con la sistemazione della figura che si esamina.

Ad ogni modo, un aspetto degli effetti di carattere sostanziale che scaturiscono da ogni singolo atto del procedimento, può essere qui senz'altro individuato, almeno in relazione alla ipotesi che in questa sede maggiormente interessa.

Si può osservare, infatti, come quando la legge determina in modo cogente, che un atto amministrativo debba essere emanato mediante un dato procedimento, questa determinazione è compiuta attraverso l'apposizione di uno, o più vincoli, all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione; e questi vincoli si riferiscono, appunto, alla preventiva emanazione di diversi atti amministrativi.

Anzitutto, il potere così limitato è quello di cui l'atto finale della serie costituisce l'esplicazione; ma nel procedimento si ha questo unico limite solo in due ipotesi, le quali non sono le più frequenti; ossia, quando la serie procedimentale consti di due soli atti; oppure, quando, pur prevedendo la legge una pluralità di atti, non è regolato l'ordine di successione di questi. Nel

⁽¹¹⁴⁾ Per riferimenti su tale nozione v. già: VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München und Leipzig 1910-18, vol. II, pag. 18; tale autore delinea la nozione in parola, in relazione agli effetti dei singoli atti o fatti destinati a formare una fattispecie complessa; in tal modo la *Rechtslage* viene ricollegata direttamente alla c.d. formazione successiva della fattispecie: non sembra, però, che tale collegamento costituisca un carattere essenziale della nozione, e, per tale ragione, essa può essere utilizzata anche per spiegare un aspetto del diverso concetto di procedimento.

Successivamente al VON TUHR, sulla nozione di *Rechtslage*, ma con una caratterizzazione troppo marcatamente privatistica del concetto, v.: ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. I, pag. 307 e nota 4, in ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1952-55.

caso comune, in cui la serie procedimentale consta di una pluralità di atti, il cui ordine di emanazione è rigorosamente previsto, non solo è limitato corrispondentemente l'esercizio del potere, mediante il quale viene posto in essere l'ultimo atto della serie, ma anche gli esercizi dei poteri degli atti intermedi sono vincolati alla previa emanazione degli atti che, per legge, li devono precedere.

I limiti apposti all'esercizio di uno o più poteri attribuiti alla pubblica Amministrazione, limiti i quali vengono determinati mediante la previsione di un procedimento obbligatorio, secondo gli schemi indicati, devono essere tenuti distinti da altri limiti, concernenti gli stessi poteri, e apposti attraverso lo stesso meccanismo: quei limiti, i quali attengono all'esistenza stessa del potere; si pensi, per esempio, al nesso che intercorre tra dichiarazione di pubblica utilità di un'opera, e successivo atto di espropriazione.

Comunque, si può precisare in questo modo un effetto tipico che è proprio di ogni atto di una serie procedimentale, le cui fasi sono previste in modo cogente, effetto che è essenziale a tale atto, proprio perchè questo è considerato dalla legge come un momento obbligato del procedimento: esso consiste, infatti, nella eliminazione del limite di esercizio, o, talvolta, di esistenza, del potere di cui un atto della serie costituisce esplicitazione, limite che risulta, appunto, dal condizionamento della legittimità di tale esercizio, alla previa emanazione dell'atto precedente del procedimento. Almeno sotto questo profilo, il susseguirsi degli atti della serie procedimentale ha sempre e necessariamente una incidenza di carattere sostanziale, e non solo formale.

Non occorre, in questa sede, approfondire ulteriormente l'argomento; è opportuno, invece, trarre alcune conseguenze dallo schematico abbozzo che si è tratteggiato, in ordine agli schemi propri della disapplicazione degli atti illegittimi; e, per pervenire a tale risultato, non sarà inutile svolgere qualche con-

siderazione, per quel che riguarda i lineamenti del fenomeno, per cui la invalidità di uno degli atti della serie procedimentale si riflette anche sugli atti successivi: la c.d. invalidità derivata; di un fenomeno, cioè, la cui esistenza è spesso ricordata dalla dottrina⁽¹¹⁵⁾, per quanto esso non sia mai stato analizzato in dettaglio.

L'invalidità derivata si presenta, almeno nei suoi aspetti più comuni, nell'ipotesi in cui un atto della serie procedimentale sia illegittimo e, quindi, annullabile.

Ogni valutazione del fenomeno deve partire dal rilievo per cui l'atto annullabile, pur potendo essere cancellato dal mondo giuridico, ciò non di meno, finchè esiste, esplica normalmente i suoi effetti tipici: si tratta di un principio tradizionale, che è qui accettato come tale, per quanto non appaiano del tutto chiari i suoi limiti di applicazione, come si vedrà tra breve.

Se a base del ragionamento si pone la considerazione che precede, si deve ammettere che anche quando un atto della serie è annullabile (ma non ancora annullato), esso esplica il suo effetto tipico, ossia quello di eliminazione del vincolo apposto all'esercizio del potere, di cui è estrinsecazione l'atto che, nella stessa serie, occupa il posto successivo. Per tale ragione, sembra che la semplice illegittimità e, quindi, annullabilità di un atto, rimanga circoscritta all'atto medesimo, senza riflettersi affatto nell'intero ambito del procedimento, o di parte di questo; in altre parole, finchè l'atto non è annullato, ancora non è possibile individuare nessuna traccia del fenomeno della invalidità derivata.

Questo fenomeno si manifesta in un momento successivo: quando, cioè, l'atto illegittimo e annullabile viene effettivamente annullato; in tal caso, sempre secondo quella impostazione tradizionale cui ci siamo sopra richiamati, gli effetti di tale atto

(115) Cfr. la bibliografia citata da SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pag. 332, nota 59; per la dottrina posteriore, adde, soprattutto: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 171.

vengono soppressi *ex tunc* in una con esso; cosicchè, quell'esercizio del potere dell'atto successivo, che, fino ad allora, era perfettamente legittimo, diviene a sua volta illegittimo⁽¹¹⁶⁾; l'atto successivo diventa, così, annullabile, e, se viene annullato, risorge il limite dell'esercizio del potere dell'atto ancora successivo; e così via all'infinito, o, per meglio dire, per tante fasi, quanti sono gli atti che compongono la serie procedimentale.

L'aver precisato che la invalidità derivata non consegue alla semplice annullabilità, ma all'effettivo annullamento di un atto del procedimento, permette di chiarire, tra l'altro, alcune questioni che sorgono in occasione di impugnazione contemporanea di più atti facenti parte di una stessa serie procedimentale; non importa esaminare in dettaglio tali questioni, le quali, comunque, vanno risolte tenendo presente che nella ipotesi indicata, in un (formalmente) unico processo amministrativo, si svolgono distinti giudizi di legittimità, riguardanti distinti atti; l'aspetto del fenomeno più interessante in questa sede, discende dalla circostanza per cui come, sul piano sostanziale, gli atti in parola sono connessi nell'ambito del procedimento, anche sul piano processuale, i relativi giudizi di legittimità sono in stretta relazione reciproca; tale relazione, però, non può essere ricondotta *sic et simpliciter* nello schema dal nesso di pregiudizialità: ma dei suoi caratteri si dirà in seguito.

Riprendendo il filo principale del ragionamento, si può notare come, avendo chiarito il modo di operare della previsione legislativa di una serie procedimentale, e, in corrispondenza, il modo di operare della c.d. invalidità derivata, risulta ormai chiarito anche il meccanismo della disapplicazione, quando essa riguarda un atto appartenente ad una serie procedimentale; os-

⁽¹¹⁶⁾ È appena il caso di notare come un esauriente chiarimento di questo fenomeno presuppone la precisazione di quel profilo dell'annullamento, che è collegato con la retroattività dei suoi effetti: punto, questo, la cui sistemazione definitiva non è stata ancora compiuta; per riferimenti in proposito, v.: CODACCI PISANELLI, *L'annullamento*, etc., cit., pag. 212 ss.

sia, nel caso in cui essa acquista rilevanza nel processo amministrativo.

Si è già ricordato come la dottrina più recente delinea la disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo, come il disconoscimento dei suoi effetti, in relazione ad una fattispecie concreta, senza che, peraltro, l'esistenza dell'atto stesso venga minimamente intaccata; applicando tale concezione all'ipotesi che si esamina, si ha che, mediante la disapplicazione di un atto appartenente ad una serie procedimentale, non si considera il suo effetto tipico: ossia, la eliminazione del vincolo riguardante l'esercizio del potere di cui l'atto successivo della serie costituisce l'esplicazione; questo secondo atto, dunque, deve essere valutato come illegittimo, e si riproduce così un fenomeno del tutto simmetrico e parallelo, a quello della invalidità derivata, che si è sopra delineato.

Comunque, abbandonando le visioni parziali dei singoli campi nei quali si esplica l'istituto della disapplicazione, per valutare un profilo di questo, avente portata più generale, si può osservare, anche sulla base delle considerazioni sopra svolte, che la disapplicazione ha una rilevanza, la quale è prettamente sostanziale, e che perciò essa non è legata indissolubilmente al processo, anche se nel processo può essere talvolta attuata.

Alla conclusione che precede, si può già arrivare con una certa sicurezza, se si tiene conto che la disapplicazione, da un lato, trova il suo presupposto nel fenomeno sostanziale della illegittimità dell'atto, e, dall'altro, incide sugli effetti, parimenti sostanziali, dell'atto stesso; sotto questo profilo, il collegamento tra disapplicazione e piano sostanziale, già sostenuta dal CANADA BARTOLI⁽¹¹⁷⁾, sembra meritare piena conferma.

La precisazione di tale collegamento presenta problemi di

⁽¹¹⁷⁾ *L'inapplicabilità*, etc., cit., pag. 40 ss.; per il collegamento della disapplicazione col piano sostanziale, v. anche: ZANOBINI, *Corso*, cit., vol. I, pag. 304.

notevolissima portata, che non possono essere in questa sede nè risolti, e neppure sufficientemente analizzati, e ai quali, perciò, si può solo rivolgere qualche fugace considerazione.

È noto come il CANNADA BARTOLI consideri come presupposto della disapplicazione dell'atto la sua c.d. inapplicabilità, ossia, una qualità, di carattere sostanziale, la quale, al pari della annullabilità, conseguirebbe alla illegittimità⁽¹¹⁸⁾; una così precisa individuazione del fondamento della disapplicazione, però, se risolve un problema di notevole gravità, non può essere considerata come un punto di arrivo, in quanto essa apre, in definitiva, un problema di delicatezza ancora maggiore.

Infatti, se l'inapplicabilità costituisse una caratteristica normale dell'atto illegittimo-annullabile⁽¹¹⁹⁾, si dovrebbe conciliare tale caratteristica, con la comune affermazione della dottrina tradizionale, sopra ricordata, per cui l'atto annullabile, finchè non è annullato, dispiega normalmente i suoi effetti: ossia, è applicabile; non si vede come, sotto questo profilo, si possano introdurre distinzioni⁽¹²⁰⁾.

La teoria dell'inapplicabilità, se è accettata con quei caratteri tratteggiati da CANNADA BARTOLI, non può non portare, quindi, ad una completa revisione della teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo; si delinea, in tal modo, una implicazione assai stretta del tema che si esamina, con un problema della massima rilevanza e delicatezza; è da osservare, comunque, che la necessità di tentare una costruzione sistematica della disapplicazione non è certo l'unica ragione che spinge ad affrontarlo: l'intera teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, in-

⁽¹¹⁸⁾ *Op. loc. ult. cit.*; nello stesso senso, v. anche: ZANOBINI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁹⁾ Così, appunto, CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità, etc.*, cit., pag. 40 ss.; ZANOBINI, *Corso*, cit., vol. I, pag. 304, il quale però, limita la inapplicabilità ai soli organi giurisdizionali, con esclusione, cioè, dei privati cittadini: sul punto, v. *infra* nel testo.

⁽¹²⁰⁾ Cfr., infatti, nello stesso senso, i rilievi di CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità, etc.*, cit., pag. 40, 41.

fatti, anche per altri e ben più profondi motivi, appare, attualmente, elaborata in modo insoddisfacente.

Ad ogni modo, qui importa aver solo indicati i punti in cui tale teoria appare inconciliabile con l'istituto della disapplicazione; e i rilievi, volti a mostrare l'effettiva sussistenza di uno dei termini di questa inconciliabilità, ossia il carattere sostanziale della disapplicazione stessa, possono essere completati con un'altra serie di osservazioni, le quali riguardano l'aspetto soggettivo di questa; si può notare, infatti, come si era già adombrato in precedenza, che la disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo non si verifica unicamente nel corso di un processo, e ad opera, quindi, di un organo giurisdizionale, ma che essa può essere compiuta anche fuori dal processo e ad opera, quindi, di organi, e soggetti diversi; atti amministrativi illegittimi, possono essere disapplicati, prima ancora che dal giudice, anche da organi amministrativi, e perfino da privati.—

Cominciando proprio da questi ultimi, si può subito notare come il fenomeno della disapplicazione da parte di privati acquisti una notevole ampiezza. La prima ipotesi che si può ricordare a riguardo, si ricollega all'art. 650 cod. pen., il quale configura come un reato contravvenzionale, la non osservanza da parte di privati, di un provvedimento amministrativo il quale sia « legalmente dato »; è evidente che se il privato viene accusato di tale reato, ma il provvedimento amministrativo in questione non era legittimo⁽¹²¹⁾, il giudice penale pronuncia sentenza di assoluzione; tale sentenza potrebbe essere spiegata, sulla base della considerazione per cui il giudice penale disconosce gli effetti di tale provvedimento, lo disapplica, cioè, e considerandolo come non emesso, non può ravvisare gli estremi del reato. Sembra, però, che l'inquadramento più esatto dell'ipo-

⁽¹²¹⁾ Data la ristretta finalità del richiamo compiuto in questa sede della delicata materia, si può qui prescindere, evidentemente, da ogni considerazione relativa al notissimo problema concernente i rapporti che intercorrono tra la nozione di « legittimità » e quella di « legalità » degli atti amministrativi.

tesi che si esamina sia diverso: si può osservare, infatti, che la norma penale indicata prescrive l'obbligatorietà dell'osservanza dei soli provvedimenti amministrativi legittimi; in altre parole, è lo stesso privato che può non obbedire all'atto illegittimo, ossia, in definitiva « disapplicarlo »⁽¹²²⁾; e anche se si accoglie una differenziazione di carattere terminologico tra l'ipotesi di disapplicazione ad opera di un organo giurisdizionale, da quella di disapplicazione ad opera di un privato⁽¹²³⁾, non si può negare la sostanziale identità del fenomeno.

E un caso di disapplicazione di un atto illegittimo, ad opera dello stesso privato, si può individuare, forse, anche in relazione al potere di disapplicazione del giudice civile; il discorso al riguardo sarebbe più lungo, ma anche in questa ipotesi sembra che si dovrebbe concludere nel senso che « la disapplicazione giurisdizionale trae seco la possibilità dell'inosservanza da parte del cittadino o, in genere, del destinatario del provvedimento invalido »⁽¹²⁴⁾. Naturalmente, però, in sede di analisi esauriente della portata del fenomeno, il quadro che il ricercatore dovrebbe tener presente, non potrebbe essere considerato completo, senza l'accento alla nota giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale la pubblica Amministrazione può senz'altro infliggere sanzioni amministrative anche di carattere disciplinare, a chi non osservi provvedimenti amministrativi, benchè illegittimi⁽¹²⁵⁾; ma non occorre qui valutare la rilevanza di questo orientamento.

⁽¹²²⁾ Cfr. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., pag. 40, 41.

⁽¹²³⁾ Cfr., appunto, CANNADA BARTOLI, il quale preferirebbe riservare il termine « disapplicazione » alla attività degli organi giurisdizionali, e chiamare « inosservanza » l'attività del privato (*op. loc. ult. cit.*).

⁽¹²⁴⁾ CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, etc., cit., pag. 40; v. però, in senso sostanzialmente contrario, l'opinione di ZANOBINI, già citata, *supra*, nella nota 119.

⁽¹²⁵⁾ Da ultimo, v.: V sez., 20 ottobre 1956, n. 882, in *Foro amm.*, 1957, 1, 2, 287; nella fattispecie, la pubblica Amministrazione aveva emesso un ordine di trasferimento nei confronti di un proprio dipendente, il quale si era rifiutato di obbedire, affermando la illegittimità del provvedimento; il Consiglio di Stato

Piuttosto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato deve essere ricordata in modo più puntuale, anche a proposito dell'ipotesi della disapplicazione di atti amministrativi illegittimi da parte di organi della pubblica Amministrazione; tale giurisprudenza, infatti, si è orientata nel senso che questi organi debbano applicare gli atti, benchè illegittimi, ma ancora non annullati⁽¹²⁶⁾.

Il problema, se un organo possa disapplicare un atto amministrativo illegittimo, emanato da un organo diverso, si presenta di una delicatezza estrema; fra l'altro, sulla materia incide anche una circostanza che complica ulteriormente la questione: è noto, infatti, che, tranne casi del tutto sporadici, un organo amministrativo non può impugnare in sede giurisdizionale un'atto emanato da diverso organo, ma appartenente allo stesso ente del primo⁽¹²⁷⁾; da ciò conseguirebbe che, nell'ipotesi di rapporti tra organi appartenenti allo stesso ente, se si negasse anche il potere di disapplicazione, si verrebbe ad ammettere che ognuno di tali organi è giuridicamente sprovvisto di mezzi per evitare l'applicazione di un atto illegittimo emanato da un organo diverso; e la cosa si presenta particolarmente grave in

ha affermato che l'impiegato non poteva rifiutare obbedienza a tale ordine, fino a che esso non fosse stato annullato, magari su ricorso giurisdizionale presentato dall'impiegato stesso.

⁽¹²⁶⁾ Da ultimo, v.: V sez., 28 aprile 1956, n. 311, in *Foro amm.*, 1956, 1, 2, 506, con nota redazionale che auspica un approfondimento del problema; la fattispecie è piuttosto interessante: l'organo che avrebbe dovuto procedere alla disapplicazione era la commissione giudicatrice di un concorso, e l'atto da disapplicare era la illegittima attribuzione delle funzioni del grado superiore, da parte di una amministrazione comunale, ad un proprio dipendente partecipante al concorso stesso: la particolarità del caso, come giustamente rileva la nota, sta nella circostanza per cui in dipendenza di tale attribuzione, variava il punteggio da attribuire al concorrente; ossia, l'atto da disapplicare concorreva a formare la volontà dell'organo che intendeva procedere alla disapplicazione.

⁽¹²⁷⁾ Sul punto, v. per tutti: ZANOBINI, *Corso*, cit., vol. II, pag. 62, 63, e aa. ivi cit.; la questione è trattata in relazione ai soli ricorsi amministrativi, ma dato il carattere generale dei suoi termini (carenza della titolarità di diritti e poteri propri degli organi, nei confronti di altri organi, o dell'intero ente), la soluzione adottata vale, evidentemente, anche per i ricorsi giurisdizionali.

alcuni casi, quale, per esempio, quello in cui l'atto illegittimo incida, menomandole, sulle funzioni attribuite all'organo che dovrebbe procedere alla disapplicazione, o, comunque, costituisca una indebita ingerenza nella sfera di competenza di quest'ultimo.

Ad ogni modo, anche per altre, e più importanti ragioni, non ci sentiremmo di accogliere la tendenza giurisprudenziale drasticamente negativa nei confronti del problema che si esamina; in realtà, il problema della disapplicazione di atti amministrativi illegittimi da parte di organi amministrativi presenta una complessità di aspetti, ed una multiformità di manifestazioni, la quale è assai malamente riducibile in una sola alternativa di soluzioni; una soddisfacente precisazione della materia richiede, perciò, un approfondimento dottrinale, il quale, peraltro, è finora mancato.

Senza poter procedere, in questa sede, su un piano sistematico si può sostenere agevolmente, però, la considerazione che precede, sulla varietà di soluzioni che deve essere ricollegata al problema generale, nella pluralità dei suoi atteggiamenti particolari, anche indicando solo alcuni casi; si può notare, infatti, come si possa convenire che un prefetto, per esempio, in sede di emanazione di un provvedimento di espropriazione per pubblica utilità, non possa rifiutarsi di emanarlo, disapplicando l'atto di dichiarazione di pubblica utilità, perchè questo presenta un vizio formale; ma, d'altro canto, appare assai più difficile sostenere che il sindaco di un dato comune, possa reagire solo mediante un ricorso giurisdizionale, alla costruzione che si vede effettuare nel territorio comunale, in base a licenza edilizia, riliasciata, poniamo dal prefetto, o, peggio, dal sindaco di altro comune. Ma sarà bene fermarci qui, perchè proseguendo per questa strada si ritorna, per altro verso, al problema centrale dell'invalidità dell'atto amministrativo. È sufficiente, infatti, aver qui accennato alla rilevanza sostanziale della disapplicazione.

In base alla indicazione di tale carattere, risulta evidente come sia del tutto accidentale che la disapplicazione sia compiuta nel corso di un processo, piuttosto che come attività extra processuale.

Ma soprattutto, è proprio tale carattere che fonda la distinzione tra disapplicazione, e accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto amministrativo; infatti, questo accertamento, a differenza della disapplicazione, ha carattere esclusivamente processuale, come si è più volte accennato; la distinzione in esame, del resto, può essere percepita ancor meglio, ove si consideri che la soluzione di una questione pregiudiziale, ha sempre natura meramente dichiarativa della situazione di fatto o di diritto, in tal modo accertata: e su questa conclusione possono consentire non solo i sostenitori della teoria, per cui l'attività giurisdizionale si risolverebbe in un mero accertamento, ma anche gli assertori delle diverse tesi a questa contrapposte; per contro, con la disapplicazione, si concorre a creare la situazione giuridica, che il giudice pone a base della sua decisione: la distinzione è assai profonda.

In tal modo, però, si è venuti toccando un problema di una certa delicatezza: se la soluzione di una questione pregiudiziale possa avere, in generale, carattere costitutivo; più precisamente: se possa essere considerata questione pregiudiziale in senso tecnico, quella questione, la cui soluzione abbia questa natura.

Anche di recente, l'orientamento positivo è stato vigorosamente riaffermato⁽¹²⁸⁾; ciò non di meno, non sembra che si possa con esso consentire.

Infatti, ammettere che la soluzione di una questione pregiudiziale possa avere carattere diverso da quello del mero accertamento di una data situazione di fatto o diritto, significa porsi in inconciliabile contraddizione con gli stessi lineamenti essen-

(128) Vedi: CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale*, cit., pag. 38 ss., e aa. ivi citt.

ziali del fenomeno della pregiudizialità; o, almeno, con quelli che a tale fenomeno si sono attribuiti nel corso del presente lavoro: quei lineamenti, cioè, che conseguono al collegamento della pregiudizialità, con l'*iter* logico seguito dal giudice.

Con questa considerazione, non si vuole certo negare l'esistenza di ipotesi, nelle quali nella decisione di una lite, interferiscono pronunce (del resto, non necessariamente giurisdizionali), le quali hanno natura costitutiva, come per esempio, quella di annullamento di un atto, o, per lo meno, non esclusivamente dichiarativa, come, appunto, la disapplicazione; e proprio il processo amministrativo è ricco di esempi del genere, specie in relazione ai casi, cui sopra si è accennato, di impugnazione contemporanea di più atti amministrativi, appartenenti ad una medesima serie procedimentale: si è visto in precedenza, infatti, che nel fenomeno della invalidità derivata, la illegittimità di atti successivi del procedimento, consegue non alla sola illegittimità ma all'effettivo annullamento dell'atto precedente; e, perciò, nel caso indicato, il giudice amministrativo può annullare tali atti successivi, solo dopo l'annullamento dell'atto precedente; la contestualità formale di questi annullamenti, non deve cancellare la successione logica di essi.

In questa ipotesi, sussiste senza dubbio un nesso tra i singoli giudizi di legittimità, che devono essere individuati nell'ambito del (formalmente) unico processo amministrativo; si deve escludere, però, che tale nesso abbia il carattere puro di pregiudizialità: ad esso, infatti, deve essere attribuito quell'elemento, di concorso nella formazione della situazione sostanziale valutata dal giudice, il quale è alieno al nesso di pregiudizialità qui delineato.

In conclusione, le vere questioni pregiudiziali che sorgono nel corso del processo amministrativo, le quali concernono la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, quelle questioni, cioè, che, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadono comunque nella competenza dello

stesso giudice amministrativo, sono relativamente rare; esse si possono rinvenire solo in quei casi in cui la valutazione della legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, non è compiuta al fine della sua disapplicazione (129).

Da questa considerazione, si può agevolmente trarre un corollario: il vero nesso di pregiudizialità, sul piano processuale, nella ipotesi in esame, trova corrispondenza sul piano sostanziale, nel senso che la legittimità dell'atto diverso da quello impugnato, si pone come condizione di legittimità dell'atto impugnato; diversamente, nei casi in cui all'accertamento della illegittimità di un atto diverso da quello impugnato, si sovrapponga la sua disapplicazione: infatti, se è necessario fare ricorso a questa operazione, è evidente che sono gli effetti dell'atto diverso da quello impugnato, che incidono sulla legittimità dell'atto impugnato; ossia, che non la legittimità, ma la stessa esistenza del primo, condiziona la legittimità del secondo.

(129) Cfr. gli esempi citati *supra*, pag. 460, 461.

INDICE PER AUTORI

(I numeri indicano le pagine)

- ABBAMONTE, 192.
ALBINI, 231, 232.
ALESSI, 228, 376.
ALLORIO, 29, 34, 50, 68, 76, 79, 83, 98,
123, 127, 132, 154, 156, 157, 159, 166,
173, 184, 188, 229, 241, 243, 245, 267,
271, 274, 278, 279, 282, 283, 284, 287,
434, 435, 437.
ANDRIOLI, 17, 38, 43, 60, 139, 174, 175,
176, 192, 440, 446, 447.
ANSALONE, 360.
ARANCIO RUIZ, 434.
ASCARELLI, 31.
ATTARDI, 59, 175, 288, 453, 454.

BALLADORE PALLIERI, 81.
BARASSI, 434.
BARBERO, 81.
BARTOLOMEI, 52.
BAUMBACH-LAUTERBACH, 116, 139, 163.
BENVENUTI, 1, 8, 72, 108, 203, 256, 264,
284, 321, 322, 323, 325, 353, 367.
BETTERMANN, 50.
BETTI, 32, 79, 123, 139, 296, 306.
BETTIOL, 173.
BIAMONTI, 229.
BINDER, 76.
BLOMEYER, 71.
BORSI, 328.
BOEHMER, 187.
BOETTICHER, 61, 152.
BRACKENHOEFT, 187.

CALAMANDREI, 16, 24, 25, 26, 27, 32, 72,
73, 78, 79, 82, 89, 95, 97, 98, 129,
130, 140, 141, 160, 161, 216, 236, 237,
238, 249, 241, 243, 291, 343, 346, 424,
440, 459.

CALOCERO, 32.
CAMMEO, 38, 374, 376, 378.
CANNADA BARTOLI, 228, 325, 385, 463,
464, 468, 469, 475, 476, 478.
CAPPELLETTI, 15, 18, 25, 31, 141, 163,
181, 187, 191, 192, 481.
CARIOTA-FERRARA, 296, 299.
CARNELUTTI, 16, 27, 31, 60, 79, 94, 109,
110, 112, 140, 141, 175, 187, 238, 288,
432, 440.
CARRESI, 457.
— CASETTA, 221, 228, 232, 325.
CASSARINO, 81, 85, 86, 87, 221, 228, 229,
267, 270, 311, 463.
CATALANO, 192.
CELASCO, 374, 375, 387.
CESARINI-SFORZA, 81.
CHIEPPA, 164.
CHIOVENDA, 38, 43, 45, 64, 68, 72, 79, 85,
86, 120, 121, 123, 140, 142, 145, 147,
163, 165, 179, 236, 237, 243, 268, 271,
272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 282,
283, 287, 288, 337, 350, 358, 368, 458.
CICU, 435, 436, 437, 446, 457.
CODACCI-PISANELLI, 260, 385, 474.
CONSO, 11, 297, 470.
COSTA, 175.
CROME, 442.

DAIG, 192.
D'ALESSIO, 337, 350, 356, 375.
DAL PIAZ, 463.
D'ANGELO, 179, 434, 435, 437.
DECENKOLB, 79.
DEGNI, 457.
DENTI, 175, 431.
DE VALLES, 371.

- DE STEFANO, 63.
DUEZ, 328.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY, 471.
- FAZZALARI, 11, 25, 29, 68, 72, 76, 77,
93, 123, 127, 139, 141, 150, 152, 153,
158, 159, 160, 161, 242, 244, 287.
- FERRARA FR. sr., 113.
FERRARA FR. jr., 110, 112, 448.
- FORMIGGINI, 435, 436, 437.
FORTI, 305, 378, 434, 444.
- FOSCHINI, 4, 16, 36, 37, 38, 45, 55, 119,
172, 178, 184, 185, 187, 188, 194, 396,
397, 398, 441, 454.
- FRANCHI, 50.
FRANCHINI, 385, 563.
FURNO, 93.
- GALEOTTI, 297, 305, 469, 470.
GALLIANO-SANTORO, 387.
GARBAGNATI, 288.
GASPARRI, 277, 368.
GIANNINI, 294, 295, 302, 305, 377.
GIORDANO, 440.
GOLDSCHMIDT, 79, 284.
GRANITO, 2, 411.
GRASSETTI, 298.
GUARINO, 81, 228, 267, 464.
GUICCIARDI, 223, 227, 232, 258, 329, 336,
337, 356, 360, 376, 425, 428, 431.
- HABSCHIED, 61, 115, 140, 150, 152, 154.
HEIM, 79.
HEINITZ, 140, 141, 156, 163, 164, 277, 284.
HELLWIG, 79, 139, 235, 268, 269, 271, 272.
HOCHÉ, 139, 152.
HUBER, 464.
- JACCARINO, 295, 360.
JELLINEK, 436, 437.
- KOHLER, 442.
KORMANN, 295.
- LABAND, 79.
LANCELLOTTI, 24.
LAUBADÈRE, 328.
- LENT, 50, 61, 115, 116, 139, 152, 163.
LEONE, 173.
LESSONA, 328, 385.
LIEBMAN, 68, 72, 79, 82, 88, 94, 96, 145,
156, 159, 175, 187, 188, 192, 357, 379,
398, 406, 407, 440, 459.
LUCIFREDI, 294, 295, 296.
- MANDRIOLI, 70, 238, 244.
MATTIROLO, 216.
MENESTRINA, 15, 16, 17, 22, 26, 27, 28,
33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 45, 55,
160, 165, 169, 179, 181, 184, 185, 186,
187, 197, 392, 397, 401, 402.
MESSINEO, 434, 435, 436, 457.
MICHELI, 50, 72, 73, 76, 78, 94, 98, 99,
100, 122, 125, 154, 157, 159, 163, 168.
MIELE, 81, 86, 87, 101, 105, 223, 224, 260,
267, 294, 296, 297, 305, 311, 423, 435,
437, 438, 442, 473.
MONTESANO, 15, 131, 179.
MOREL, 163, 179.
MORELLI, 192.
MORTARA, 163, 164, 178, 229, 377.
MUTHER, 79.
- NIESE, 284.
NIGRO, 288.
NIKISCH, 61, 115, 139, 146, 152, 163,
238, 357, 358.
- OFFIDANI, 435.
OTTAVIANO, 311.
- PEKELIS, 68, 72, 73, 76, 86.
PESCATORE, 55.
PETRUCCI, 430, 431.
PICCARDI, 227.
PORRINI, 387.
PUCHTA, 79.
PUGLIATTI, 435.
PUGLIESE, 68, 76.
- RACCI, 374, 376.
RANELLETTI, 295, 328.
RASELLI, 240, 451.
REDENTI, 45, 120, 125, 175, 434, 440, 459.
RESTA, 324.
- ROCCO (ALFR.), 24, 79, 129, 234, 236, 237,
266, 271, 273, 274, 278,
— ROMANO (ALB.), 53, 126, 166, 315, 373,
420, 422, 423, 449, 464, 465, 467.
ROMANO (SALV.), 71, 72, 87, 130, 133, 189,
306, 310, 312,, 470.
ROMANO (SANTI), 71, 76, 79, 81, 82, 84,
85, 87, 101, 113, 131, 229, 260, 266,
267, 274, 295, 318, 434, 438, 442, 443.
ROSENBERG, 61, 65, 115, 116, 120, 139,
146, 152, 163, 357, 358.
- SALEMI, 2, 38.
SANDULLI, 83, 297, 320, 328, 377, 473.
SANSÒ, 172.
SANTORO-PASSARELLI, 457.
SATTA, 15, 58, 59, 60, 76, 77, 109, 112,
136, 145, 179, 180, 181, 186, 191, 270,
283, 288, 357, 406, 440, 459.
SAVIGNY, 77, 78, 79, 99, 162.
SCHIAPPOLI, 432.
SCHLESINGER, 446.
SCHWAB, 49, 61, 115, 146, 152.
SCOGNAMIGLIO, 299.
SECKEL, 79.
- SEGNI, 17, 28, 38, 43, 49, 122, 123, 130,
141, 154, 163, 164, 166, 243, 271, 272,
273, 288.
SEUFFERT, 139.
SOPRANO, 425.
STEIN-JONAS-SCHOENKE, 61, 139, 152, 163,
357.
TARZIA, 63.
THON, 76.
TUHR (VON), 471.
- VASSALLI, 434.
VITTA, 295, 335, 449.
VOCINO, 32.
- WACH, 79, 139.
WALINE, 328.
WINDSCHEID, 77, 79.
- ZANOBINI, 227, 294, 297, 305, 342, 388,
428, 431, 449, 475, 476, 478, 479.
ZANZUCCHI, 142, 145, 440, 441, 447, 459.
ZICCARDI, 436, 437.
ZITELMANN, 266, 268, 274.

INDICE ANALITICO

(I numeri indicano le pagine)

- Atto amministrativo**
— elementi
— — contenuto: 294 ss.
— — forma: 266.
— — motivazione: 295 ss.
— illegittimità: 224 ss., 289 ss., 299 ss.,
316 ss.
— illiceità: 419 ss.
— vizio: 335 ss.
- Autonomia privata**
— 71, 130, 131, 133, 134.
- Azione**
— 64 ss., 67 ss., 77 ss.
— come diritto soggettivo o potere giuridico: 79, 80 ss.
— e *causa petendi*: 142, 143.
— e oggetto del giudizio: 64 ss.
— in senso astratto o concreto: 79, 88 ss.
— nei confronti dello Stato o della controparte: 79, 82 ss.
(autonomia dell'—): 77, 78, 89, 100.
(priorità dell'— sul diritto soggettivo): 75, 76.
(relatività dell'—): 72 ss.
- Capacità**
— di agire: 441, 449.
— di stare in giudizio: 458 ss.
— giuridica: 441, 442, 447 ss.
— naturale: 443.
- Causa petendi**
— 137 ss.
— e atto introduttivo del giudizio: 146 ss.
— e azione: 142, 143.
— e motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo: 355 ss.
- e oggetto del giudizio: 151 ss.
- Cognitio**
— e *judicium*: 55, 58, 149.
- Cosa giudicata**
— e oggetto del giudizio: 49, 153 ss., 402 ss.
— — nel processo amministrativo: 204 ss.
— e pregiudizialità: 153 ss., 402 ss.
— — nel processo amministrativo: 204, 372 ss.
— limiti oggettivi: 153 ss., 161 ss.
— — nel processo amministrativo: 372 ss., 382 ss.
— limiti soggettivi nel processo amministrativo: 375 ss.
— natura: 156 ss., 379, 380;
— — ed elementi della sentenza: 158 ss. (contrasto di giudicati): 166 ss. (giudicato implicito): 166. (giudicato implicito nel processo amministrativo): 166, 389.
- Disapplicazione (degli atti amministrativi illegittimi)**
— 462 ss., 474 ss.
— e decisione di questione pregiudiziale: 468 ss., 480 ss.
- Doppia tutela (di diritti soggettivi e di interessi legittimi)**
— 422 ss.
- Falso (querela, questione di —)**
— 174 ss.
— nel processo amministrativo: 427 ss.
- Funzione**
— 83, 84, 251.

- Giurisdizione amministrativa (caratteri della —)
— 249, 250, 262 ss., 372, 373, 466, 467.
- Incidenti
— 5.
— nel processo amministrativo: 428 ss. (v. anche: *Questioni incidentali*).
- Individualisierungstheorie*
— 137 ss.
- Interessi pubblici e privati
— nel processo: 108 ss.
— nel processo amministrativo: 13, 250, 254.
- Invalidezza derivata:
— 297, 472 ss.
- Iter logico del giudice
— 32 ss.
— e pregiudizialità: 20 ss., 32 ss., 45, 481.
- Judicium*
— e cognitio: 55, 58 149.
- Jura novit curia*
— nel processo amministrativo: 215 ss., 342 ss., 367 ss.
- Motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo:
— 327 ss.
— aggiunto: 361, 362.
— contenuto: 332 ss., 351 ss.
— e *causa petendi*: 355 ss.
— e disposizione di legge da applicare: 339 ss., 370 ss.
— e fatti dedotti in giudizio: 339, 347 ss.
— e oggetto del giudizio.
— e pregiudizialità: 332.
— e vizio dell'atto amministrativo: 334 ss.
- Oggetto del giudizio
— 48 ss., 61 ss., 114 ss., 126 ss.
— e azione: 64 ss.
— e *causa petendi*: 151 ss.
— e competenza: 52 ss.
— e cosa giudicata: 49, 153 ss.
- nel processo amministrativo: 204 ss.
— e pregiudizialità: 48, 54 ss., 59, 60, 176 ss.
— nel processo amministrativo: 196 ss., 217 ss., 402 ss.
— nel processo amministrativo: 220 ss., 225 ss., 245 ss., 255 ss., 259 ss.
— e interesse legittimo: 221 ss., 260 ss.
— e legittimità dell'atto amministrativo: 221, 260.
— e motivo di ricorso: 364 ss., 370 ss.
— e potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto: 229 ss.
— nel processo costitutivo: 131, 132, 265 ss.
— e potere processuale della parte: 278 ss.
— e potere sostanziale della parte: 272 ss.
— nel processo di accertamento: 132 ss.
— nel processo di condanna: 129 ss.
- Parti
— nella trasformazione di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale: 180 ss.
— nel processo amministrativo: 426, 427.
- Petitum*
— 143, 144.
- Potere astratto di agire
— 93 ss., 104 ss., 126 ss.
— nel processo amministrativo: 247 ss.
- Pregiudizialità
— e cosa giudicata: 153 ss.
— nel processo amministrativo: 204, 372 ss.
— e iter logico del giudice: 20 ss., 32 ss., 45, 481.
— e oggetto del giudizio: 48, 54 ss., 59, 60, 176 ss.
— nel processo amministrativo: 196 ss., 217 ss., 402 ss.
— forme.
— causa: 38, 43, 168 ss.

- punto: 38, 39 ss.
— nel processo amministrativo: 208 ss.
— questione: 38, 43, 168 ss.
— trasformazione di una questione in causa: 170 ss.
— nel processo amministrativo: 392 ss.
— parti: 180 ss.
— nel processo amministrativo: 426, 427.
— in senso logico e in senso giuridico: 20, 179, 183 ss., 199, 402 ss.
— natura: 396 ss.
— processuale e sostanziale: 187 ss.
- Procedimento
— 297, 305, 469 ss.
- Processo
— costitutivo: 223 ss., 238 ss., 267 ss.
— e elementi della sentenza: 237 ss.
— e natura della sentenza: 233 ss.
— e oggetto del giudizio: 131, 132, 265 ss., 272 ss., 278 ss.
— di accertamento e oggetto del giudizio: 132 ss.
— di condanna e oggetto del giudizio: 129 ss.
- Processo amministrativo
— cosa giudicata e pregiudizialità: 204, 372 ss.
— e oggetto del giudizio: 204, 402 ss.
— limiti oggettivi: 372 ss., 382 ss.
— limiti soggettivi: 375 ss.
— (giudicato implicito): 166, 389.
— falso (querela, questione di —): 427 ss.
— incidenti: 428 ss.
— interessi pubblici e privati: 13, 250, 254.
— *iura novit curia*: 215 ss., 342 ss., 367 ss.
— oggetto del giudizio: 220 ss., 225 ss., 245 ss., 255 ss., 259 ss.
— e interesse legittimo: 221 ss., 260 ss.
— e legittimità dell'atto amministrativo: 221, 260,
— e potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto: 229 ss.
— e pregiudizialità: 196 ss., 217 ss., 402 ss.
— potere astratto di agire: 247 ss.
— pregiudizialità e cosa giudicata: 204, 372 ss.
— pregiudizialità e oggetto del giudizio: 196 ss., 217 ss., 402 ss.
— questioni pregiudiziali e questioni processuali: 213, 256 ss.
— sospensione, per pendenza di una causa pregiudiziale: 406 ss.
— trasformazione di questione pregiudiziale in causa pregiudiziale: 392 ss.
— parti: 426, 427.
vedi anche: *Motivo di ricorso giurisdizionale e amministrativo* e *Questioni pregiudiziali nel processo amministrativo*.
- Questioni incidentali**
— 3.
vedi anche: *Incidenti nel processo amministrativo*.
- Questioni pregiudiziali
— e questioni processuali: 45, 46, 119 ss.
— nel processo amministrativo: 213, 256 ss.
(competenza a risolvere le —): 2, 48, 405.
(efficacia della decisione delle —): 3, 48.
vedi anche: *Cosa giudicata e Pregiudizialità*.
- Questioni pregiudiziali nel processo amministrativo:
— e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi: 468 ss., 480 ss.
— su diritti soggettivi perfetti: 410 ss.
— sulla legittimità degli atti amministrativi: 459 ss.
— sullo stato e la capacità delle persone: 432 ss.
— delle persone giuridiche: 447 ss.
- Rechtsschutzanspruch*
— 74, 83, 88.

Relatività dell'azione	potere giuridico: 80 ss., 86 ss., 106 ss., 224, 310 ss.
— 72 ss.	— (vincolo all'esercizio del —): 106 ss., 312 ss., 471, 472.
Sentenza	soggezione: 85.
elementi della —: 24 ss., 69, 127, 245.	status: 434 ss., 445 ss.
— e cosa giudicata: 158 ss.	Sospensione del processo
— e processo costitutivo: 237 ss.	— per pendenza di una causa pregiudi- ziale: 405, 406.
natura della —: 23 ss.	— — nel processo amministrativo: 406 ss.
— e processo costitutivo: 233 ss.	<i>Substantiierungstheorie</i>
Situazioni giuridiche soggettive:	— 137 ss.
diritto soggettivo: 80 ss., 88.	
interesse legittimo: 105 ss., 222 ss.	

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE

- § 1. Esposizione dello stato della dottrina sulla pregiudiziale nel processo amministrativo. Considerazioni sullo scarso approfondimento del tema. Svolgimento di rilievi intorno ai punti in cui questa carenza di approfondimento è maggiormente avvertita, i quali consigliano una analisi più particolareggiata dell'argomento. Cenni sulle gravi implicazioni che questo presenta con alcuni dei problemi fondamentali della teoria del processo 1-8
- § 2. Il problema del metodo. Valutazione dell'attuale stato di elaborazione della teoria del processo amministrativo. Costatazione della sua insufficienza e rilievi sulle conseguenze di questa in sede di esposizione della teoria della pregiudiziale. Confronto con lo stato di elaborazione della dottrina del processo civile. Considerazioni sulla possibilità di mutuare da questa concetti validi anche per il processo amministrativo, e sui limiti di tale possibilità. Cenni alla costruzione di una teoria generale del processo. Indicazione dello schema di svolgimento del presente lavoro 8-15
- § 3. Descrizione delle principali fasi della evoluzione degli orientamenti della dottrina del processo civile sulla teoria della pregiudiziale. L'opera di MENESTRINA. Sua importanza nei confronti della dottrina posteriore e sua influenza sulla redazione di alcune norme del codice di procedura civile attualmente vigente. Recenti tendenze revisionistiche. Cenni sull'ampliamento dell'ambito tradizionale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità derivante dall'inquadramento negli schemi relativi della questione di legittimità costituzionale. Rinvio 15-18

PARTE PRIMA

LA PREGIUDIZIALE IN GENERALE

- § 4. Richiamo della comune definizione del nesso di pregiudizialità. Cenni sui rapporti tra pregiudiziale in senso logico e pregiudiziale in senso giuridico. Rinvio. Molteplicità dei punti di vista sotto cui il fenomeno della pregiudizialità rileva per il giurista. La pregiudizialità e il ragionamento che il giudice compie per decidere la controversia sottoposta al suo esame. Rilevanza di tale elemento logico nel quadro degli elementi della sentenza. Esposizione della evoluzione dottrinale al riguardo. Rilievi sulla incidenza che le varie teorie prospettate al riguardo possono presentare nei confronti dell'argomento della pregiudiziale 19-32

- § 5. Puntualizzazione dello schema dell'*iter* logico percorso dal giudice; cenno sulla possibilità di una sua riconduzione allo schema del sillogismo. Rilievi sulla molteplicità di serie di sillogismi che si intersecano nel corso del ragionamento del giudice. Disciplina legislativa delle varie fasi di questo *iter*. Modo diverso di reciproca interferenza delle questioni, e serie di questioni poste e risolte dal giudice nel corso del suo ragionamento. Precisazione della definizione di nesso di pregiudizialità. Corollario sulla necessità di ogni passaggio logico del ragionamento del giudice il quale sia legato con gli altri da un effettivo nesso di pregiudizialità 32-37
- § 6. Indicazione della molteplicità delle forme con cui il fenomeno della pregiudizialità si può manifestare: punti, questioni e cause pregiudiziali. Caratteri delle distinzioni relative. In particolare: la nozione di punto. Rilievi critici su un aspetto della definizione di punto pregiudiziale proposta dal MENESTRINA. Irrilevanza giuridica della distinzione tra punto pregiudiziale, da un lato, e questione e causa pregiudiziale dall'altro. La distinzione tra questione e causa pregiudiziale. L'art. 34 cod. proc. civ. Cenno sulla sua portata generale, e primi rilievi sulla difficoltà della sua esegesi 37-44
- § 7. Indicazione dei profili sulla cui base è necessario approfondire l'esegesi dell'art. 34 cod. proc. civ. In particolare: la nozione di questione pregiudiziale. Distinzione tra le questioni meramente processuali e le questioni pregiudiziali di merito. Il limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Difficoltà inerenti alla determinazione del correlativo limite finale. Lo spunto costruttivo offerto dall'art. 34. La disciplina delle questioni pregiudiziali secondo tale norma, sotto il profilo dell'individuazione dell'organo giurisdizionale competente e della efficacia della decisione. Richiamo da parte di ambedue questi profili di unica nozione: quella di oggetto del giudizio. Aspetti di rilevanza della nozione di oggetto del giudizio durante l'intero svolgimento del fenomeno processuale; in particolare: la correlazione, mediante tale nozione, tra l'oggetto dell'accertamento e i limiti oggettivi della cosa giudicata. Rapporti tra domanda di parte e oggetto del giudizio; in particolare: rilievi su tali rapporti per quel che riguarda il processo amministrativo. Connessione tra oggetto del giudizio e determinazione della competenza del giudice 44-53
- § 8. Ulteriori rilievi sulla nozione di oggetto del giudizio. In particolare: distinzione tra accertamento giudiziale in senso tecnico e accertamenti compiuti dal giudice in esclusiva funzione di questo. Caratteri di questa distinzione. Ricomprensione nell'ambito della pregiudiziale di tutti gli accertamenti compiuti dal giudice i quali non facciano parte dell'oggetto del giudizio in senso tecnico. Considerazioni conclusive sulla distinzione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio 54-60
- § 9. Cenno alla elaborazione della nozione di oggetto del giudizio dovuta alla recente dottrina tedesca. Caratteri di tale elaborazione. Sua scarsa eco nella dottrina italiana. Riconduzione da parte di questa nella problematica dell'azione delle questioni trattate dalla dottrina tedesca a proposito dell'oggetto del giudizio. Cenno alle interferenze tra la nozione di azione e il contenuto dell'oggetto del giudizio. Confronto della posizione della dottrina italiana e tedesca sull'argomento. Indicazione della necessità di utilizzazione di ambedue 61-67
- § 10. La problematica dell'azione: indicazione dei limiti entro i quali essa deve e può essere richiamata nel presente lavoro. Indicazione

- di massima sulla ricomprensione dell'azione nell'oggetto del giudizio. Le difficoltà che incontra la costruzione di una teoria unitaria dell'azione, in ordine: a) alla molteplicità delle situazioni giuridiche soggettive di carattere sostanziale tutelabili con l'azione; b) alla molteplicità delle violazioni, in atto o potenziali, di tale situazioni; c) alla varietà dei tipi di tutela accordati dall'ordinamento. Il problema di fondo di ogni teoria dell'azione: il rapporto tra diritto sostanziale e processo. Rilevanza sulla determinazione del primo delle interferenze tra ordinamento statale e ordinamenti privati. Cenno alla teoria della sfera privata come ordinamento autonomo. Richiamo del principio della c.d. relatività della nozione di azione, anche alla luce di questa impostazione. Il problema dei rapporti tra diritto e azione: la teoria del primato logico dell'azione sul diritto 67-76
- § 11. L'evoluzione della nozione di azione: sviluppo del principio della sua autonomia rispetto al diritto sostanziale. Cenno sulle incertezze che concernono i caratteri dell'azione come situazione giuridica soggettiva autonoma. In particolare: la definizione dell'azione come un diritto soggettivo o come un potere. Cenno sull'orientamento dottrinale prevalente nel senso della definizione dell'azione come un potere. Rilievi sulla esattezza di esso; implicazioni delle argomentazioni al riguardo con la soluzione del problema relativo alla individuazione del soggetto nei cui confronti l'azione sarebbe rivolta; esposizione delle alternative di essa. La definizione della azione come un potere punto di partenza di più precise determinazioni di altri caratteri dell'azione. Cenno delle controversie sulla nozione di potere giuridico e indicazione della tesi accolta al riguardo. Coincidenza dei lineamenti di tale nozione con quelli tradizionalmente attribuiti all'azione in senso astratto; non coincidenza con quelli tradizionalmente attribuiti all'azione in senso concreto. Necessità di approfondire la reale portata della contrapposizione tra azione in senso astratto e azione in senso concreto 77-89
- § 12. Impostazione classica del problema della astrattezza o della concretezza dell'azione. Diversità del contenuto della nozione. Diversa posizione, nelle due ipotesi, dell'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale. Rilievi critici sul rapporto comunemente delineato tra azione in senso concreto e diritto soggettivo sostanziale. Cenni sulla attuale crisi della contrapposizione tra azione in senso astratto e azione in senso concreto secondo lo schema tradizionale. Indicazione di moderne tendenze ricostruttive. Necessità di un riconoscimento della esistenza di un potere astratto di agire. Sua impossibilità a risolvere compiutamente il problema del fondamento della tutela del diritto soggettivo sostanziale. Necessità di rinvenire *altrunde* tale fondamento. La tesi di CALAMANDREI e di ALLORIO; la tesi di MICHELI. La riconduzione di questo fondamento nello stesso ambito del diritto soggettivo sostanziale. Possibilità di considerare la tutela di quest'ultimo come un effetto *ex lege*; conseguente possibilità di escludere che essa sia l'effetto dell'esercizio di una situazione giuridica del privato, e quindi superfluità della configurazione di un potere giuridico a contenuto concreto. L'esistenza del diritto soggettivo sostanziale come fattore di determinazione del contenuto della sentenza. Ricorso alla nozione di interesse legittimo per delimitare le posizioni del privato rispetto alla esplicazione della funzione giurisdizionale, e al modo dell'esplicazione stessa. Sua rispondenza alle varie ipotesi di interferenza di interessi privati e pubblici dei diversi momenti dello svolgimento del fenomeno processuale. I rapporti tra interesse privato e

interesse pubblico nel processo, secondo la tesi di FRANCESCO CARNELUTTI. Cenni alla maggiore efficacia della tutela dell'interesse legittimo rispetto a quella del diritto soggettivo

89-114

§ 13. Confronto tra i termini in cui viene dibattuta la problematica dell'azione, e l'impostazione del problema del contenuto dell'oggetto del giudizio secondo la recente dottrina tedesca. Definizioni della nozione di oggetto del giudizio secondo questa dottrina. Rilievi critici sull'impostazione in esame. La determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio come corollario delle conclusioni cui è possibile pervenire sulla problematica dell'azione. L'esistenza del potere astratto di agire, e del suo esercizio come oggetto degli accertamenti con cui vengono risolte le questioni c.d. meramente processuali. I presupposti processuali. Distinzione tra questioni meramente processuali e questioni pregiudiziali (di merito). Suo fondamento. Sue conseguenze. Cenni alla possibilità di configurazione del complesso degli accertamenti relativi alle questioni meramente processuali come un oggetto del giudizio *sui generis*. Considerazioni sulla rilevanza di una conclusione positiva in proposito per quel che riguarda il problema del passaggio in giudicato delle sentenze meramente processuali. Possibilità di rinvenire un ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in relazione agli accertamenti concernenti i presupposti processuali

114-126

§ 14. Impossibilità di ricomprensione nel contenuto dell'oggetto del giudizio di merito degli accertamenti relativi al potere astratto di agire e al suo esercizio. L'oggetto del giudizio di merito è costituito dalla stessa situazione giuridica sostanziale. Cenni dei recenti orientamenti della dottrina italiana in tal senso. Rilievi sulla impossibilità che consegue da tale orientamento di configurare una azione avente un contenuto concreto. Considerazioni concernenti la varietà di situazioni giuridiche sostanziali, soggettive e non, che possono costituire l'oggetto del giudizio di merito. Collegamento tra diritto soggettivo e oggetto del processo di condanna. Il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo costitutivo; rinvio. Individuazione del possibile contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo di accertamento in relazione agli elementi fondamentali dell'ordinamento privato. Conseguenze che è possibile trarre dalle considerazioni che precedono per la determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. In particolare: i fatti costitutivi della situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio di merito sono oggetto degli accertamenti pregiudiziali. Cenni di una contraria dottrina. Rilievi conclusivi sui limiti del fenomeno della pregiudizialità

126-136

§ 15. Cenni della critica ai risultati cui si è pervenuti, che potrebbe essere mossa sulla base della ricomprensione della *causa petendi* nell'oggetto del giudizio, ove si definisse questa come il complesso dei fatti costitutivi della domanda. Il contenuto della *causa petendi*: la *Individualisierungstheorie* e la *Substantiierungstheorie*. Attuale stato della dottrina italiana e tedesca sul punto. Recente tendenza ad una svalutazione della contrapposizione. Valore della definizione della *causa petendi* come fondamento della domanda. Identificazione della *causa petendi* con la situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisivo. Distinzione tra *causa petendi* e i c.d. « fatti costitutivi » di quest'ultima. I fatti costitutivi della *causa petendi* come elementi di identificazione di questa: distinzione tra elementi di identificazione e elementi costitutivi. Critica della tesi che ritiene rilevante per la

determinazione della natura e del contenuto della *causa petendi* quegli elementi di fatto, la cui esposizione deve essere compresa nell'atto introduttivo del giudizio. Considerazioni conclusive sull'appartenenza all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità degli accertamenti relativi ai fatti costitutivi della situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisivo. Esposizione dei termini del problema della ricomprensione della *causa petendi* nell'oggetto del giudizio. Sua soluzione positiva. Considerazioni sui nessi tra l'alternativa delle soluzioni di questo problema e le diverse concezioni dei rapporti tra diritto e processo propri della dottrina italiana e della recente dottrina tedesca

136-153

§ 16. Indicazione della connessione tra la determinazione dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità e la soluzione del problema dei limiti obbiettivi del giudicato; cenni alla duplicità dei profili sotto cui questa connessione può essere valutata. Richiamo della norma fondamentale costituita dall'art. 34 cod. proc. civ. Il problema della natura del giudicato: la teoria c.d. sostanziale e la teoria c.d. processuale. Cenni alle recenti tendenze al superamento di tale contrapposizione. La teoria di ALLORIO. L'adesione di MICHELI e di FAZZALARI alla tesi di LIEBMAN. La connessione fra la natura del giudicato e il carattere della sentenza. Indicazione della tesi secondo la quale ravvisando nella sentenza un elemento imperativo, a questo e non all'accertamento dovrebbe essere ricollegato il giudicato. Indicazione della tesi secondo la quale le impostazioni tradizionali non sarebbero compatibili con questo collegamento. Il ristretto profilo sotto cui il problema del giudicato rileva nei confronti dello svolgimento del presente lavoro. Il collegamento tra giudicato e accertamento come l'impostazione che riavvicina maggiormente i limiti obbiettivi del giudicato all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Conseguente accoglimento di tale impostazione come ipotesi di lavoro. L'orientamento della dottrina sul problema dei limiti obbiettivi del giudicato costituisce una riprova della esattezza dei lineamenti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione della pregiudizialità. Il contrario orientamento della giurisprudenza, che afferma la c.d. estensione del giudicato ai motivi. Rilievi sulla sua non rispondenza neppure ad esigenze di carattere pratico. Critica della teoria del giudicato implicito. Cenni della possibilità della emissione di due giudicati basati su premesse contraddittorie, la quale consegue necessariamente alla limitazione del contenuto della cosa giudicata al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio. Distinzione tra queste ipotesi e l'ipotesi del contrasto di giudicati in senso tecnico

153-168

§ 17. La distinzione tra questione e causa pregiudiziale. Carattere giuridico di essa. La causa pregiudiziale e l'autonomia dell'oggetto del giudizio. Limite alla possibilità di trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale: l'idoneità dell'oggetto della prima ad essere accertato giurisdizionalmente in via autonoma. Richiamo dei profili sotto i quali acquista rilevanza giuridica il fenomeno della pregiudizialità; conseguenze, in ordine a tali profili, della trasformazione della questione in causa. Categoria degli accertamenti i quali non possono mai passare in giudicato: i meri fatti; cenni all'oggetto del giudizio penale. Presupposti per la concreta trasformazione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale. Prima ipotesi: la volontà della legge. Esempi; in particolare: la querela di falso; rinvio. Seconda ipotesi: la domanda di parte. Cenni alle attuali dispute dottrinali sulla

individuazione dell'oggetto delle cause pregiudiziali. Esposizione della teoria revisionistica di SATTÀ. Adesione alla impostazione tradizionale di MENESTRINA e CHIOVENDA. Cenno alla ipotesi in cui il rapporto giuridico su cui verte la causa pregiudicata sia fra soggetti diversi di quelli tra i quali intercorre il rapporto oggetto della causa pregiudiziale. Considerazioni sull'ipotesi in cui la trasformazione della questione in causa pregiudiziale importi uno spostamento non solo di competenza ma anche di giurisdizione. Rinvio

168-183

- § 18. Il problema della delimitazione di un concetto di pregiudizialità in senso giuridico. Sua impostazione da parte del MENESTRINA. La pregiudizialità giuridica come una *species* rispetto al *genus* costituito dalla pregiudizialità logica. La soluzione data da MENESTRINA al problema. Rilievi critici. La soluzione del problema deve discendere da quei profili, sotto i quali acquista rilevanza giuridica il fenomeno della pregiudizialità. La determinazione della competenza dell'organo giurisdizionale e i limiti obiettivi del giudicato. Richiamo alla nozione di oggetto del giudizio. Definizione delle questioni pregiudiziali in senso tecnico sulla base della loro idoneità a costituire oggetto di un autonomo giudizio. La teoria di ALLORIO, che delinea il nesso di pregiudizialità su un piano che è anzitutto di carattere sostanziale. Rilievi sulla portata di questa tesi. Individuazione di ulteriori categorie di questioni pregiudiziali in senso tecnico. Questioni pregiudiziali e mezzi di prova. Ricompressione nella pregiudizialità in senso logico di tutte le questioni che possono insorgere a proposito della individuazione, verifica di esistenza e di validità, e interpretazione della norma da applicare alla fattispecie concreta. Carattere strettamente tecnico di alcune di tali questioni. In particolare: la questione di costituzionalità di una legge. La questione di interpretazione del trattato istitutivo la Comunità economica europea

183-192

PARTE SECONDA

LA PREGIUDIZIALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE PRIMA

L'OGGETTO DEGLI ACCERTAMENTI PREGIUDIZIALI

- § 19. Piano di svolgimento della seconda parte del presente lavoro. Indicazione della impostazione accolta nello studio della pregiudiziale nel processo amministrativo. Cenno della maggiore ampiezza di questa rispetto a quella generalmente seguita in dottrina. La contrapposizione all'oggetto del giudizio come carattere essenziale della pregiudiziale. Esistenza di questa contrapposizione anche nel processo amministrativo, dedotta dall'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. Indicazione di considerazioni svolte nella prima parte del presente lavoro, le quali sono integralmente applicabili anche nei confronti del processo amministrativo. Indicazione di quegli aspetti del fenomeno in esame, i quali, al contrario, possono essere meglio precisati, sulla base della disciplina del tipo di processo considerato. La determinazione, in concreto, dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo. Necessità di valutazione della problematica relativa al contenuto dell'oggetto del giudizio. Rispondenza

anche nel processo amministrativo tra contenuto dell'oggetto del giudizio e limiti obiettivi della cosa giudicata. Cenno sulla opportunità di valutare tali limiti in relazione all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. La disciplina dei gruppi di questioni pregiudiziali che possono insorgere nel corso del processo amministrativo. In particolare, questioni pregiudiziali le quali, considerate come autonomo oggetto del giudizio, ricadono comunque nella giurisdizione del giudice amministrativo. Le questioni pregiudiziali che appartengono, invece, alla giurisdizione di un giudice diverso. Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria civile. Cenno sulla rilevanza del dato giurisprudenziale su un piano generale e nello studio della pregiudiziale nel processo amministrativo

193-208

- § 20. Cenno al limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. I c.d. punti pregiudiziali. Impossibilità di una loro individuazione in via generale. Meccanismo della loro determinazione nel caso concreto. Incidenza su di essi delle questioni sollevabili d'ufficio dal giudice. Indicazione di alcune di esse: le questioni meramente processuali. Il problema della loro distinzione dalle questioni pregiudiziali di merito. La giurisprudenza del Consiglio di Stato orientata negativamente verso tale distinzione. Rilievi critici. Rinvio dell'esame approfondito della questione. Questioni pregiudiziali di merito sollevabili d'ufficio: l'art. 3 cod. proc. pen.; cenno sulla sua connessione col tema in esame, e sulla non riconducibilità dell'ipotesi da esso regolata in quella qui ricordata. La questione di nullità degli atti; dubbi sull'applicabilità dell'art. 1421 cod. civ. anche agli atti amministrativi. L'individuazione della premessa maggiore del sillogismo del giudice. Il principio: *iura novit curia* e il problema dei limiti della sua applicabilità al processo amministrativo. Rinvio. Le questioni relative alla individuazione della norma da applicare alla fattispecie concreta. Le questioni relative alla sua interpretazione. Le questioni relative alla sua legittimità costituzionale. Le questioni relative alla sua permanenza in vigore

208-217

- § 21. Il limite finale della pregiudiziale. Il contenuto dell'oggetto del giudizio. Cenno sulle controversie che ancora oggi dividono la dottrina, sul problema del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. Indicazione dei profili della nozione che meriterebbero di essere maggiormente approfonditi, e della utilità di una comparazione della costruzione amministrativistica con la elaborazione da parte della dottrina del processo civile dell'oggetto del giudizio nel processo di tipo costitutivo. Le principali tendenze sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. La teoria secondo la quale tale oggetto sarebbe costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato. La teoria secondo la quale tale oggetto sarebbe costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale. Difficoltà di delineare in termini dogmaticamente soddisfacenti la nozione di interesse legittimo. La portata della definizione di questa data da MUELE. Violazione dell'interesse legittimo e illegittimità dell'atto come due effetti scaturiti da una stessa causa: la violazione di norme le quali vincolino nell'esercizio un potere attribuito alla pubblica Amministrazione. Conseguente irrilevanza dell'accoglimento dell'una o dell'altra delle teorie in esame per la determinazione del limite finale della pregiudiziale. Cenno sulla incidenza su tale determinazione, derivante dall'accoglimento di altre teorie sul contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. In particolare: la teoria della

giurisdizione amministrativa come giurisdizione di puro diritto — obbiettivo. La teoria della giurisdizione amministrativa come giurisdizione su interessi della pubblica Amministrazione. La teoria dell'interesse legittimo del privato come interesse meramente formale. Indicazione della teoria, il cui accoglimento sposterebbe il limite finale della pregiudiziale: la teoria secondo la quale la giurisdizione amministrativa sarebbe una giurisdizione sul diritto potestativo (potere) del privato, di provocare l'annullamento dell'atto impugnato. Necessità di una sua valutazione. Rinvio

217-230

§ 22. Indicazione delle ragioni che consigliano un ulteriore approfondimento del contenuto dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo. Cenno sulla opportunità di valutare la problematica relativa dall'angolo visuale costituito dai caratteri del processo costitutivo. I dubbi che nella dottrina del processo civile hanno ostacolato i tentativi di tratteggiare tali caratteri; loro riflessi nel campo del processo amministrativo. L'attività giurisdizionale come attività di mero accertamento e il processo costitutivo. La tesi di HELLWIG. La tesi di ROCCO. La tesi di CHIOVENDA. Il problema della configurabilità come tipo autonomo di sentenza della sentenza costitutiva, considerata come un atto di mero accertamento, cui conseguirebbe *ex lege* l'effetto costitutivo. La tesi di CALAMANDREI. La tesi di FAZZALARI. Le conseguenze dell'accoglimento delle varie tesi ricordate, nel tratteggiare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. L'elemento di mero accertamento esistente, secondo la dottrina dominante, anche nelle sentenze costitutive. Tale accertamento deve vertere sui presupposti alla cui esistenza la legge vincola l'effetto costitutivo della sentenza in esame

230-245

§ 23. L'oggetto del giudizio e il problema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo. Rilievi sull'atteggiarsi di tale problema nel processo amministrativo. Richiamo delle considerazioni precedentemente svolte su tale problema, a proposito del processo civile. Le situazioni giuridiche del soggetto, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa, e i momenti vincolati di questa. Il potere di ricorso. Suo carattere di astrattezza. Paragone col potere di agire davanti alla giurisdizione civile. L'esercizio del potere di ricorso come necessario presupposto della esplicazione della funzione giurisdizionale amministrativa. Cenno sulle importanti conseguenze che da questo aspetto della disciplina positiva si devono trarre, per la determinazione dei caratteri della giurisdizione del Consiglio di Stato. Il vincolo della esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda il « modo » dell'esplicazione stessa; ossia, il contenuto del provvedimento decisivo di merito mediante la cui emanazione essa avviene. Il collegamento del vincolo della funzione giurisdizionale, al diritto sostanziale. Richiamo di analoghe considerazioni già precedentemente svolte, a proposito del processo civile. L'oggetto del giudizio, nel processo amministrativo è costituito, perciò, da quella situazione giuridica, di carattere sostanziale, che costituisce il presupposto, cui è legato il contenuto del provvedimento decisivo di merito. Conseguenziale inapplicabilità, anche al processo amministrativo, dei recenti orientamenti astrattisti della dottrina tedesca, già precedentemente valutati criticamente a proposito del processo civile. Distinzione tra i c.d. presupposti processuali, e l'oggetto del giudizio di merito. Distinzione tra le questioni c.d. processuali, e le questioni pregiudiziali. La decisione delle questioni meramente processuali non incide minimamente sul giudizio di merito, nè per quel che riguarda il suo oggetto, nè per quel che

riguarda le questioni a questo pregiudiziali. Valutazione critica di un contrario indirizzo giurisprudenziale

245-259

§ 24. La illegittimità dell'atto amministrativo come presupposto di carattere sostanziale, della pronuncia giurisdizionale di annullamento dell'atto stesso. Conseguente individuazione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, nella questione di legittimità dell'atto impugnato. Esclusione della violazione dell'interesse legittimo del privato, dalle cause che provocano la illegittimità dell'atto amministrativo. Conseguente esclusione dell'accertamento di tale violazione, dal complesso degli accertamenti compiuti dal giudice amministrativo, sia vertenti sull'oggetto del giudizio, come meramente pregiudiziali. La titolarità dell'interesse legittimo, inteso come situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, determina la legittimazione a ricorrere. L'interesse legittimo, così inteso, costituisce un presupposto processuale, e, per tale ragione, è l'oggetto di un accertamento giudiziale avente carattere meramente processuale. Considerazioni conclusive sui lineamenti della giurisdizione amministrativa. Segue la dimostrazione dell'affermazione, secondo la quale l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo è costituito dalla questione di legittimità dell'atto amministrativo impugnato: critica di teorie sull'oggetto del giudizio nel processo costitutivo, contrarie a tale assunto. Cenno dell'orientamento della dottrina del processo civile, volta a ravvisare alla base del processo costitutivo un potere del privato di provocare la modificazione giuridica tipica del processo stesso. La contemporaneità della prima individuazione del processo costitutivo come tipo autonomo di processo, con l'inizio della elaborazione della nozione di diritto potestativo, come situazione giuridica che col proprio esercizio produce un effetto costitutivo. Inevitabilità del collegamento tra processo costitutivo e diritto potestativo. La teoria di HELLWIG. Rilievi critici. La dottrina di CHIOVENDA. Rilievi critici. In particolare: sua inapplicabilità al processo amministrativo. Breve ripresa del problema dei rapporti tra teoria del processo civile e teoria del processo amministrativo, suggerita da uno spunto di ALLORIO. La teoria di ALLORIO. Identificazione del potere che, secondo ALLORIO, starebbe alla base del processo costitutivo, col potere d'azione, considerato in senso concreto. Richiamo di rilievi precedentemente svolti, sulla inutilità di quest'ultima nozione. Considerazioni conclusive: il processo costitutivo non presuppone necessariamente l'esistenza di un potere del soggetto, di provocare la modificazione giuridica tipica del processo stesso. Cenno alla possibilità di individuazione di sporadiche ipotesi, nelle quali un potere del genere possa essere ravvisato. Accoglimento della teoria di SATTA. Resta confermata la conclusione già precedentemente affermata: nel processo amministrativo, il presupposto della pronuncia di annullamento dell'atto impugnato, è la illegittimità dell'atto stesso. Di conseguenza, in tale processo, l'oggetto del giudizio è la questione di legittimità dell'atto amministrativo

259-289

§ 25. Formulazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in senso logico, nel processo amministrativo. Cenni sui punti sui quali è possibile delineare gli oggetti degli accertamenti pregiudiziali in tale processo. Ogni precisazione di questi, può avvenire solo sulla base degli schemi della illegittimità dell'atto amministrativo. Cenno delle dispute che si agitano al riguardo, e alla estrema delicatezza della materia. Esposizione di alcune ipotesi di atti amministrativi illegittimi, scelte senza intenti sistematici, ma al solo fine di offrire una materiale sufficien-

temente vario, all'analisi del modo con cui la illegittimità dell'atto si concreta. Atti amministrativi illegittimi per vizio nel contenuto, per vizio di forma, per incompetenza, per eccesso di potere, per disparità di trattamento, per eccesso di potere per travisamento di fatti, per violazione di legge per carenza di presupposti, per vizio del procedimento. Richiamo della nozione istituzionale, secondo cui la illegittimità dell'atto amministrativo si risolverebbe nella disformità dal paradigma legislativo dell'atto stesso, valutato analiticamente nei suoi elementi, tratti dalla teoria del negozio privato: soggetto, oggetto, causa etc. Considerazioni in proposito. Analisi delle ipotesi sopra esposte, alla luce della nozione indicata. Rilievi conclusivi, sulla insufficienza di questa. Cenno sulla preferibilità del concetto di atto, inteso come esercizio del potere, come fondamento della teoria della illegittimità dell'atto amministrativo. Considerazioni sul tema. Indicazione di vari gruppi di norme, che regolano il comportamento strumentale. Individuazione di un gruppo di norme, che disciplinano l'esercizio del potere, da diverse norme attribuite alla pubblica Amministrazione. La illegittimità dell'atto amministrativo, come non conformità del comportamento della pubblica Amministrazione a tali norme. Cenno sulla rilevanza nel processo amministrativo, solo per gli accertamenti meramente processuali, della violazione delle norme che attribuiscono un potere alla pubblica Amministrazione, e ne fissano i limiti di esistenza. Considerazioni sui punti comuni, e sulle differenze tra la impostazione tradizionale della teoria della illegittimità dell'atto, e quella cui qui si aderisce. Distinzione tra la violazione della singola norma che disciplina l'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e l'illegittimità, la quale è una nozione che va riferita all'intero atto. La singola violazione, come causa della illegittimità. Applicazione all'*iter* logico del giudice amministrativo delle considerazioni precedentemente svolte. I lineamenti di tale *iter*. Conclusioni da trarsi per l'individuazione dell'oggetto degli accertamenti pregiudiziali in senso logico nel processo amministrativo. Risalendo l'*iter* del giudice amministrativo, si devono considerare come pregiudiziali in senso logico, in particolare, gli accertamenti: a) della violazione della singola norma che disciplina l'esercizio del potere attribuito alla pubblica Amministrazione, e che provoca la illegittimità dell'intero atto; b) del comportamento effettivamente tenuto dalla pubblica Amministrazione nell'esercizio del potere, e di quelle circostanze di fatto e di diritto, alla cui sussistenza la legge, eventualmente, vincola, positivamente o negativamente, e in vario modo, tale esercizio; c) di quelle circostanze di fatto e di diritto, sulla cui base il giudice, in base a mezzi di prova, presunzioni, etc., può ricostruire il comportamento della pubblica Amministrazione, e i requisiti di legittimità suddetti. Cenno sui limiti nei quali il nesso di pregiudizialità, che lega tra di loro i singoli accertamenti che compongono l'*iter* logico del giudice amministrativo, non è che un mero riflesso processuale di un fenomeno di carattere sostanziale

§ 26.

Indicazione della relazione esistente tra il contenuto del motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo, e l'oggetto degli accertamenti meramente pregiudiziali, almeno in senso logico, nel processo corrispondente. Cenno sullo stato della dottrina, la quale non ha particolarmente approfondito la nozione di motivo di ricorso. Esigenza di una analisi del punto. Valutazione degli articoli del regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato, e alla Giunta provinciale amministrativa, che si riferiscono al motivo di ricorso. Il motivo di ricorso coincide con la singola di-

289-326

sformità dal paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione. Argomenti in questo senso, tratti dai rari rilievi reperibili in dottrina sull'argomento. Esame della coincidenza del contenuto del motivo di ricorso col vizio dell'atto, e cenno di opinioni in senso negativo. Necessità di valutare qualsiasi risultato si possa raggiungere sul tema in esame, alla luce della ricchissima casistica giurisprudenziale, anche utilizzando quelle parti delle decisioni, che non sono pubblicate nelle riviste specializzate. Individuazione di un orientamento giurisdizionale, nel senso della coincidenza tra motivo di ricorso, e singola disformità dal paradigma legislativo del comportamento dell'Amministrazione. Il motivo di ricorso, perciò, si risolve nell'aspetto di tale comportamento che viola la norma, e nella norma stessa. Ogni mutamento dell'uno o dell'altro elemento importa mutamento del motivo stesso di ricorso; citazioni di giurisprudenza di questo senso. Corrispondentemente, l'indicazione del motivo di ricorso nell'atto introduttivo del giudizio, si risolve necessariamente nell'indicazione di ambedue questi elementi; citazioni di giurisprudenza in questo senso. Valutazione della portata della disposizione, per cui nell'atto introduttivo del giudizio devono essere indicate le norme di legge che si assumono essere state violate dall'Amministrazione; rilievi critici sulla ricollegabilità diretta di tale disposizione, ad una limitazione della applicabilità nel processo amministrativo del principio *iura novit curia*; rinvio al paragrafo successivo per ulteriori approfondimenti. Sulla base della nozione di motivo di ricorso, analizzata nel modo che si è detto, si conferma che il contenuto di questo costituisce oggetto di accertamenti pregiudiziali. Cenno di alcune decisioni del Consiglio di Stato, secondo le quali il contenuto del motivo di ricorso andrebbe delineato in modo più ampio; rilievi critici; conclusione nel senso che, anche in questa ipotesi, la relazione tra esso e l'oggetto degli accertamenti pregiudiziali sussiste sempre. Rilievi finali su tale relazione

326-355

X § 27.

Il problema dell'inquadramento dogmatico del motivo del ricorso giurisdizionale amministrativo. Stato della dottrina. La tesi, secondo la quale il motivo di ricorso costituirebbe la *causa petendi* del processo amministrativo. Rilievi critici; conclusione negativa circa l'accoglimento di essa. Il motivo di ricorso, come elemento di identificazione del ricorso stesso; argomenti tratti dalla dottrina e della giurisprudenza. Tale fenomeno postula che il motivo di ricorso sia connesso, in qualche modo, con l'oggetto del giudizio. Si richiamano le considerazioni precedentemente svolte, circa il carattere meramente pregiudiziale, degli accertamenti vertenti sul motivo di ricorso: questo carattere esclude che la connessione tra motivo di ricorso e oggetto del giudizio sia una relazione di identità. La funzione di precisazione dell'oggetto del giudizio, svolta dal motivo di ricorso. Sue conseguenze, specie in ordine alla determinazione dei limiti obbiettivi della cosa giudicata. Due corollari che si possono trarre dalla correlazione individuata: a) in ordine al fondamento del vincolo del giudice, nella valutazione della legittimità dell'atto impugnato, ai vizi di questo dedotti dal ricorrente; b) in ordine alla natura delle conseguenze, che discendono dalla genericità dei motivi proposti nell'atto introduttivo del ricorso

355-371

X § 28.

I limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità e i limiti obbiettivi del giudicato nel processo amministrativo. Cenni sullo stato della dottrina sulla teoria del giudicato nel processo amministrativo. Le varie opinioni sostenute sui limiti di tale giudicato. La commistione tra aspetti oggettivi e aspetti

sogettivi di tali limiti. La rilevanza determinante che acquistano, in proposito, i caratteri del fenomeno sostanziale dell'annullamento dell'atto. L'opinione attualmente dominante. Rilievi sulla circostanza per cui il problema dei limiti del giudicato amministrativo è esaminato in dottrina sotto il profilo dei limiti della pronuncia di annullamento. Inquadramento di tale orientamento, in relazione alla disputa esistente nella dottrina del processo civile, tra i seguaci della teoria tradizionale, secondo la quale la forza di giudicato andrebbe ricollegata all'accertamento che sarebbe da ravvisare in ogni sentenza, e seguaci della recente teoria, secondo cui tale forza andrebbe riferita all'effetto proprio della sentenza (LIEBMAN, MICHELI). In tanto è possibile una interferenza tra i limiti obbiettivi del giudicato, e i limiti della pregiudizialità, in quanto si delinea la natura della cosa giudicata secondo la impostazione tradizionale. Si parte da questo presupposto, il quale, però, non significa adesione alla teoria tradizionale, ma ha solo il valore di ipotesi di lavoro. Nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo accolga il ricorso, l'accertamento che pure, secondo l'impostazione seguita, sarebbe da ravvisare nella decisione, è assorbito praticamente dalla pronuncia di annullamento. Rilevanza del problema dei limiti dell'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo, nell'ipotesi di rigetto del ricorso per motivi di merito. Indicazione dei casi in cui si pone tale problema. In base alla correlazione tra oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudicato, l'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo acquista forza di giudicato non in assoluto, ma solo con riferimento ai vizi dell'atto, dedotti dal ricorrente, ed esclusi dal giudice amministrativo. Il problema degli accertamenti aventi carattere meramente pregiudiziale. Valutazione dell'art. 28 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, al fine di ricavarne la correlazione tra oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudicato, anche prescindendo da ogni diretto riferimento alla teoria della pregiudizialità. Da tale norma, in tal modo, è possibile trovare conferma che quegli accertamenti, che si sono definiti come meramente pregiudiziali, non passano in giudicato. Rilievo sulla corrispondenza tra i limiti della pregiudizialità, e i limiti obbiettivi del giudicato nel processo amministrativo . . .

372-389

SEZIONE SECONDA

LE SINGOLE IPOTESI DI QUESTIONI PREGIUDIZIALI

- § 29. Opportunità di distinguere anche nel processo amministrativo tra le questioni pregiudiziali in senso meramente logico e le questioni pregiudiziali in senso giuridico. La distinzione deve essere tracciata con gli stessi caratteri precedentemente indicati su un piano generale: si deve considerare per questione pregiudiziale in senso tecnico, quella questione pregiudiziale in senso logico, che sia idonea a costituire oggetto di un autonomo giudizio. Esame delle ipotesi in cui una stessa questione può essere meramente pregiudiziale in un processo, e costituire oggetto del giudizio in un altro processo contemporaneamente pendente. La trasformazione di una questione pregiudiziale in causa. I presupposti cui essa è legata: a) la volontà della legge; b) la domanda di parte. Considerazioni negative sulla rilevanza di questa domanda nel processo amministrativo. Cenno sulla peculiarità della disciplina delle questioni pregiudiziali in senso tecnico per quel che riguarda la regolamentazione della loro trasformazione in cause pregiudiziali; conside-

razioni sulla maggiore importanza di quei profili della disciplina di queste, che, viceversa, sono comuni anche alle questioni pregiudiziali in senso meramente logico, ai fini di delineare in modo riassuntivo i caratteri salienti del fenomeno della pregiudizialità. Le varie teorie sulla natura della pregiudizialità. In particolare: la teoria della pregiudizialità come interferenza tra giurisdizioni diverse; osservazioni critiche. La pregiudizialità è un fenomeno che si svolge, anzitutto, internamente ad ogni singolo processo, ed è immanente in questo. La disciplina delle questioni pregiudiziali in senso giuridico ha lo stesso fondamento di quella delle questioni pregiudiziali in senso logico; ossia: il rapporto con cui ambedue si pongono, nei confronti dell'oggetto del giudizio. La pregiudizialità può essere delineata solo in relazione alla nozione di oggetto del giudizio. Il problema dei limiti della pregiudizialità, il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio, il problema dei limiti oggettivi del giudicato sono sostanzialmente problemi identici. Conseguenze di tale impostazione: il giudice può sempre risolvere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali che insorgono nel processo che pende davanti a lui, anche se queste appartengono alla competenza o alla giurisdizione di un giudice diverso. I casi in cui la legge dispone diversamente costituiscono altrettante eccezioni a questo principio. Applicazione di questo al processo amministrativo. Le singole ipotesi di questioni pregiudiziali in senso giuridico che possono sorgere nel processo amministrativo. Necessità di una più dettagliata esposizione della loro disciplina. Inopportunità di tale esposizione in questa sede, in relazione a quelle ipotesi che sono disciplinate in modo del tutto indipendente dal processo amministrativo; in particolare: le questioni pregiudiziali costituzionali e quelle penali. Nella parte finale del presente lavoro, si esaminano quelle ipotesi di questioni pregiudiziali, che possono sorgere nel processo amministrativo, e che sono regolate in modo specifico, in relazione a questo; in particolare: le questioni pregiudiziali civili, e quelle amministrative

390-410

- § 30. Impostazione della analisi della disciplina delle questioni pregiudiziali civili, come esegesi dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. L'introduzione di tale norma nel sistema del processo amministrativo, e le ragioni di essa. Cenno della mancanza di una adeguata relazione al Re. L'attribuzione al giudice amministrativo della competenza a risolvere in via incidentale le questioni pregiudiziali civili. Valutazione della dizione legislativa sul punto. L'effettiva portata normativa di questa. Individuazione delle ipotesi, in cui una questione relativa a diritti abbia carattere pregiudiziale, rispetto a quella della legittimità di un atto amministrativo. Cenno sulla possibilità di confusione di tale ipotesi, con diversa ipotesi, in cui la questione su diritti è collegata allo stesso oggetto del giudizio. Sovrapposizione, in tali casi, del problema della discriminazione di giurisdizioni tra il giudice ordinario e quello amministrativo, alla distinzione retta intesa tra ambito della pregiudizialità e oggetto del giudizio. Inutilità dell'applicazione al caso in esame, del generale criterio di discriminazione di giurisdizioni che è sostenuto dalla giurisprudenza. Indicazione di criteri più adeguati a risolvere la questione. Cenno alla relatività delle situazioni di diritto e di interesse, e alla conseguente possibilità di doppia tutela giurisdizionale della posizione del soggetto: interferenze di questo fenomeno sul tema in esame. La competenza del giudice amministrativo a risolvere questioni pregiudiziali civili, le quali, se considerate come autonomo oggetto del giudizio, dovrebbero essere decise in un pro-

cesso civile, le cui parti sarebbero diverse, da quelle del giudizio amministrativo

410-427

- § 31. Esame delle eccezioni previste dall'art. 28, ultimo comma, al principio generale, per cui il giudice amministrativo può risolvere *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali relative a diritti soggettivi perfetti. La querela di falso. Rilievi critici sulla nozione di « incidenti processuali ». Rinvio alle considerazioni precedentemente svolte, sul carattere di pregiudizialità del nesso che lega la decisione della querela di falso, con la decisione sull'oggetto del giudizio. La disposizione dettata per il processo amministrativo, non è altro che una specificazione del principio generale, per cui la querela di falso non può mai essere decisa *incidenter tantum*, ma solo *principaliter*, in un autonomo giudizio. Le questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone. Cenno sui dubbi relativi alla *ratio* e, quindi, alla portata di questa disposizione. I profili dogmatici della nozione di *status*. Lo *status* come la posizione che l'individuo acquista nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico. Tendenza della dottrina più recente, a qualificare come *status* numerosissime posizioni giuridiche aventi tale natura. Conseguente inidoneità della nozione strettamente dogmatica di *status* a costituire la base per l'esegesi della disposizione in esame. Significato tecnico della espressione usata nell'art. 28; sua sostanziale coincidenza con quella dell'art. 9 cod. proc. civ. Gli *status*, cui la previsione legislativa si riferisce, sono quelli di cittadinanza, e familiari. Le capacità, cui la stessa norma si riferisce, sono quella giuridica e quella di agire; esclusione delle delle c.d. capacità speciali, e della c.d. capacità naturale. Carattere eccezionale della disposizione che sottrae alla competenza incidentale del giudice amministrativo, la cognizione delle questioni relative allo *status* ed alla capacità delle persone; riflessi di tale carattere nella valutazione della portata della norma. Enumerazione analitica delle singole ipotesi che sono ricomprese nella materia sottratta alla competenza incidentale del giudice amministrativo. Il problema se gli *status* e le capacità previste dalla legge si riferiscano solo alle persone fisiche o anche alle persone giuridiche; accoglimento della soluzione restrittiva. Considerazioni concernenti la circostanza per cui, nella maggior parte delle ipotesi enumerate, pur essendo vincolata al verificarsi di determinati presupposti di fatto l'attribuzione dello *status* o della capacità, questa non consegue automaticamente a tale verificarsi, ma trova la sua fonte in un atto di un organo giurisdizionale, in un procedimento contenzioso, o di volontaria giurisdizione, oppure di un organo amministrativo. In tali casi, la questione di stato non può concernere, direttamente, il verificarsi dei presupposti di fatto, ma solo l'esistenza, la validità e l'autenticità dell'atto costitutivo. La rilevanza, nella materia in esame, degli atti di stato civile. Il fondamento della disposizione che si esamina; cenno alla opinione dominante, in dottrina, che si basa su considerazioni di importanza e di delicatezza delle questioni di stato e di capacità; rilievi critici. L'unico fondamento di tale disposizione può essere rintracciato nella esigenza che determinate questioni siano decise solo *principaliter* e mai *incidenter tantum*. Conferma della prevalenza, nel fenomeno della pregiudizialità, del profilo attinente alla efficacia della decisione, rispetto a quello attinente alla competenza a decidere. L'esigenza che una determinata questione sia decisa anche in via principale deve valere anche nei confronti del processo civile. Di conseguenza, il giudice amministrativo può risolvere in via incidentale tutte le questioni relative allo stato e alla capacità delle persone, le quali, se si pongono come pregiu-

diziali nel processo civile, possono essere risolte nella stessa maniera. Applicazioni di questa tesi. Il problema della determinazione del giudice competente a conoscere della legittimità di atti amministrativi, i quali incidano direttamente su *status* personali (concessioni di cittadinanza, riconoscimento di figli adulterini per decreto del Capo dello Stato, etc). Brevi considerazioni sul potere del giudice amministrativo di accertare incidentalmente la capacità di stare in giudizio della parte. Rilievi conclusivi, di carattere negativo, sulla portata normativa del terzo comma dell'art. 28 . . .

427-459

- § 32. Le questioni pregiudiziali amministrative nel processo amministrativo. Esempi. L'ipotesi che si esamina in questo paragrafo e il fenomeno della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel processo amministrativo. Cenno sulla esigenza di una distinzione. I termini con i quali può porsi il problema di una possibilità di disapplicazione nel processo amministrativo di atti illegittimi non impugnati. La soluzione negativa del problema affermata dalla giurisprudenza. Valutazione di questa. I caratteri della disapplicazione. Sua rilevanza nell'ambito di una serie procedimentale. Considerazioni sulla nozione di procedimento e sulla sua portata sostanziale, e non solo formale. Ogni atto del procedimento ha un proprio effetto sostanziale. La nozione di procedimento, e il fenomeno della c.d. invalidità derivata: osservazioni sul meccanismo del fenomeno. Rapporti tra disapplicazione di un atto illegittimo appartenente ad una serie procedimentale e invalidità derivata. La rilevanza sostanziale della disapplicazione; l'accidentalità del suo collegamento col processo. La disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo non è riservata ai soli organi giurisdizionali, ma può essere compiuta, talvolta, dagli stessi privati, o anche da organi amministrativi diversi da quello che ha emanato l'atto da disapplicare. La distinzione tra soluzione di una questione pregiudiziale e disapplicazione: la prima ha carattere di mero accertamento della situazione di fatto e di diritto, che è valutata dal giudice, la seconda concorre, invece, alla formazione di tale situazione. Il problema del possibile carattere costitutivo delle soluzioni delle questioni pregiudiziali: cenno sulla soluzione positiva affermata dalla dottrina; considerazioni critiche; accoglimento della soluzione negativa. Questa soluzione discende necessariamente dall'inquadramento, scelto nel presente lavoro, del fenomeno della pregiudizialità, nell'*iter* logico compiuto dal giudice nella decisione della controversia sottoposta al suo esame

459-483

Indice per autori	485
Indice analitico	489

44985