

ALBERTO ROMANO

I.G.

**GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA
E LIMITI DELLA GIURISDIZIONE ORDINARIA**



FIT 6087



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1975

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

L'IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA E LA SUA SOLUZIONE DI PRINCIPIO

	<i>pag.</i>
1. Considerazioni introduttive; la giurisdizione amministrativa si iscrive in un sistema, le cui linee maestre sono tracciate dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo	2
2. Il sistema francese di giustizia amministrativa, e quello tedesco; la scelta del legislatore italiano: il suo valore ideologico, e le sue carenze, in ordine alla tutela contro le illegittimità amministrative, non ridondanti in violazione di diritti soggettivi del cittadino	7
3. L'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato come completamento della legge del 1865, senza alterazione del principio fondamentale, secondo il quale il giudice ordinario è il normale giudice dei diritti del privato nei confronti dell'Amministrazione; conseguente necessità di definire la competenza della giurisdizione amministrativa non in diretto confronto con la competenza del giudice ordinario, ma entro i limiti di quello che a questa competenza rimaneva sottratto	15
4. L'esigenza di definire, in via preliminare, le materie sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario dalla legge del 1865; l'impossibilità di definire tali materie in relazione a situazioni giuridiche del privato	37
5. La necessità di definire in termini omogenei quel che è compreso nella giurisdizione del giudice ordinario, e quel che a tale giurisdizione sfugge; la base per la ricerca di tali termini omogenei è offerta dalla nozione dell'atto amministrativo, che è al centro del sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, strutturato in funzione di tutela di posizioni private nei confronti di esso; la tutela giurisdizionale e la illegalità dell'atto amministrativo	46
6. Da un punto di vista obiettivo, la giurisdizione del giudice ordinario va quindi definita in relazione al concetto di illegalità dell'atto amministrativo; nell'ambito di questa, si deve distinguere tra violazione di norme che tutelano diritti soggettivi del privato, e violazione di norme non connesse con queste posizioni; la conferma della contrapposizione del GUICCIARDI tra norme di relazione e norme di azione	67

TUTTE LE COPIE DEVONO ESSERE TIMBRATE DALLA S.I.A.E.



TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1975) Soc. Tlp. MORI - 21100 Varese, Via Guicciardini, 66

- pag.
7. Quel che sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario è la illegittimità dell'atto amministrativo, contrapposta alla illiceità di questo; l'illegittimità dell'atto amministrativo non corrisponde alla violazione dell'interesse legittimo da un punto di vista qualitativo, perchè non fa riferimento alla lesione di una situazione giuridica soggettiva, tanto meno di una situazione giuridica del privato; e neppure da un punto di vista quantitativo, perchè non da ogni norma di azione scaturisce un interesse legittimo. Prime considerazioni sul rapporto tra norma di azione e interesse legittimo; la legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo. La irrilevanza della definizione dell'oggetto del giudizio davanti al giudice amministrativo, ai fini della determinazione della giurisdizione del giudice ordinario, la quale, perciò, deve essere dedotta indipendentemente da esso 76
8. La necessità di tradurre in termini di situazioni giuridiche soggettive la accennata determinazione della giurisdizione del giudice ordinario; il diritto del privato ha per limite il correlato diritto dell'Amministrazione 94
9. La mutua implicazione del diritto del privato con quello dell'Amministrazione; la funzione del giudice ordinario, di tutela del rispetto della linea di confine che separa l'una situazione giuridica soggettiva dall'altra 101

CAPITOLO SECONDO

POTERE GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE
E DIRITTO SOGGETTIVO DEL PRIVATO

10. Il primo profilo di approfondimento dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: lo sviluppo della teoria delle situazioni giuridiche soggettive; in particolare: lo sviluppo della nozione di potere giuridico; la teoria di SANTI ROMANO 114
11. *Segue*: l'atto amministrativo, che, col diritto soggettivo del privato, è al centro del sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, come espressione di una situazione giuridica dell'Amministrazione, che è qualificabile come un potere giuridico; il limite reciproco del diritto soggettivo del privato e del potere giuridico dell'Amministrazione 122
12. Il secondo profilo di approfondimento: la distinzione tra le norme di relazione e le norme di azione; il profilo di differenziazione basato sul nesso delle prime con l'interesse privato, e delle seconde con l'interesse pubblico. La possibilità di collegamento anche di norme di azione con interessi privati; il problema della configurabilità dell'interesse legittimo; interesse legittimo e processo amministrativo: rinvio. Il rapporto tra interesse legittimo e norma di azione; la struttura della tutela di tale interesse da parte di norme di questo tipo. Le norme di relazione come norme di risoluzione di conflitti intersoggettivi di interessi 133

- pag.
13. *Segue*: il profilo di differenziazione basato sul nesso con le situazioni giuridiche dei soggetti del rapporto; le norme di relazione come le norme che determinano il limite reciproco di tali situazioni, e le norme di azione come le norme interne alla sfera giuridica dell'Amministrazione; solo alcuni dei limiti del potere dell'Amministrazione sono correlati alla esistenza di diritti soggettivi del privato; conseguente classificazione delle norme di relazione, nella più vasta categoria delle norme che determinano i limiti di esistenza di quel potere 153
14. *Segue*: il contenuto delle norme di esistenza del potere e quello delle norme di azione; il collegamento delle prime con la determinazione degli elementi essenziali dell'atto; il nesso con il problema della invalidità dell'atto amministrativo 166
15. *Segue*: il giudice ordinario come il giudice del rispetto delle norme di relazione; possibilità che la sua giurisdizione si estenda anche al sindacato del rispetto delle altre norme di esistenza 186
16. Il terzo profilo di approfondimento: l'analisi dell'ipotesi nella quale il contenuto del potere dell'Amministrazione è la disponibilità del diritto del privato; il potere di esproprio; l'impossibilità della coesistenza su una medesima area del potere dell'Amministrazione e del diritto nel privato; la dichiarazione di pubblica utilità rende il bene oggetto possibile del potere di esproprio e oggetto impossibile del diritto di proprietà; la relatività delle situazioni giuridiche 196
17. *Segue*: la teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo; critica: l'inutilità del concetto tanto nell'ipotesi nella quale l'atto amministrativo sia valido, quanto nell'ipotesi nella quale l'atto amministrativo sia invalido; la teoria della c.d. degradazione del diritto soggettivo: la sua incapacità a spiegare la sottrazione dalla giurisdizione del giudice ordinario, di un atto amministrativo che abbia disposto di un diritto soggettivo del privato; conferma della conclusione precedentemente raggiunta: nei confronti di un atto amministrativo che sia esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione, la posizione del privato già in partenza non può atteggiarsi come un diritto soggettivo; l'atto emanato oltre i limiti di esistenza del potere attribuito all'Amministrazione 220
18. La sostanziale costanza dell'interpretazione della regola della giurisdizione del giudice ordinario dettata dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo; il contrasto di questa affermazione con la progressiva riduzione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario; i riflessi processuali della modificazione della disciplina del rapporto sostanziale; le implicazioni sostanziali della legge abolitrice del contenzioso amministrativo; tale legge, comunque, non presuppone una precisa disciplina del rapporto sostanziale 244
19. Le modificazioni della disciplina del rapporto sostanziale tra Amministrazione e privati che sono intervenute dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo ad oggi; esse spiegano la riduzione dell'area di giurisdizione

	pag.
del giudice ordinario; considerazioni sulla generale sopravvalutazione dell'importanza dei problemi interpretativi della regola della giurisdizione del giudice ordinario, nei confronti della individuazione del giudice competente: la riduzione della questione nella prospettiva della ricostruzione del rapporto sostanziale	253

CAPITOLO TERZO

GIURISDIZIONE ORDINARIA E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA:
CONCLUSIONI E PROPOSTE

1. Le proposte di riforma dell'attuale sistema di giustizia amministrativa. Il mantenimento della bipartizione delle giurisdizioni nei confronti della pubblica Amministrazione postula una significativa eterogeneità delle situazioni giuridiche dall'una e dall'altra tutelate. L'insufficiente approfondimento di questo aspetto così importante in una letteratura peraltro cospicua e sovrabbondante. Rinvio	262
1. Il significato di una riforma che tolga al giudice ordinario la tutela dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica Amministrazione: la rottura dell'ordinamento sostanziale che lo Stato di diritto aveva in Italia costruito unitariamente. Le implicazioni costituzionali. Le complicazioni pratiche alle quali dà luogo l'attuale bipartizione di giurisdizioni. Esse devono essere ridimensionate nel quadro delle generali disfunzioni dell'amministrazione della giustizia in Italia. Esse comunque possono essere eliminate all'interno del sistema senza una sua radicale modificazione	272
2. Il valore del mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica Amministrazione nei suoi ristretti limiti attuali. Le possibilità di suoi ampliamenti futuri. I diritti che devono essere assicurati ai singoli nel quadro dell'attuazione dei valori costituzionali. Il risarcimento dei danni da atti amministrativi illegittimi	282
3. I presupposti per un ampliamento e una rivalutazione del ruolo del giudice ordinario. Il superamento del divieto di sentenze di annullamento dell'atto amministrativo e di condanna dell'Amministrazione a tenere comportamenti specifici. La volontà di affermazione di un proprio ruolo nella risoluzione delle controversie tra pubblica Amministrazione e privati. Il mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario come garante di situazioni giuridiche fortemente soggettivizzate come diritti, anche perché appare auspicabile una evoluzione della giurisdizione del giudice amministrativo che comporti una attenuazione dei suoi aspetti soggettivi e dunque la venga differenziando sempre più dalla prima	293
4. Le ragioni costituzionali dell'ampliamento del ruolo del giudice amministrativo. Il profilo del soddisfacimento della esigenza di tutela giurisdizionale. Il ricorso giurisdizionale amministrativo come mezzo di partecipa-	

	pag.
zione all'attività amministrativa. L'attuale esclusione dal processo amministrativo degli interessi che viceversa appaiono costituzionalmente più meritevoli di tutela giurisdizionale. Le ragioni costituzionali di tale ampliamento dal punto di vista della struttura dello Stato. L'ampliamento del ruolo dei giudici, e della legge della quale essi garantiscono l'applicazione	300
25. La necessità dell'ampliamento degli interessi tutelabili e degli atti amministrativi sindacabili nel processo amministrativo. La soluzione dell'ampliamento della nozione di interesse legittimo. Le sue difficoltà e i suoi limiti. La proposta di superare la configurazione del processo amministrativo come strumento di tutela dei soli interessi legittimi. I meriti passati di tale configurazione e gli inconvenienti che essa oggi provoca. La conseguente attenuazione dei profili soggettivi della giurisdizione amministrativa, di fronte alla quale rafforza la sua ragion d'essere la giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione	309

CAPITOLO PRIMO

L'IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA E LA SUA SOLUZIONE DI PRINCIPIO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; la giurisdizione amministrativa si iscrive in un sistema, le cui linee maestre sono tracciate dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo. — 2. Il sistema francese di giustizia amministrativa, e quello tedesco; la scelta del legislatore italiano: il suo valore ideologico, e le sue carenze, in ordine alla tutela contro le illegittimità amministrative, non ridondanti in violazione di diritti soggettivi del cittadino. — 3. L'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato come completamento della legge del 1865, senza alterazione del principio fondamentale, secondo il quale il giudice ordinario è il normale giudice dei diritti del privato nei confronti dell'Amministrazione; conseguente necessità di definire i limiti della giurisdizione amministrativa non in diretto confronto con la giurisdizione del giudice ordinario, ma entro i limiti di quello che a questa giurisdizione rimaneva sottratto. — 4. L'esigenza di definire, in via preliminare, le materie sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario dalla legge del 1865; l'impossibilità di definire tali materie in relazione a situazioni giuridiche del privato. — 5. La necessità di definire in termini omogenei quel che è compreso nella giurisdizione del giudice ordinario, e quel che a tale giurisdizione sfugge; la base per la ricerca di tali termini omogenei è offerta dalla nozione dell'atto amministrativo, che è al centro del sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, strutturato in funzione di tutela di posizioni private nei confronti di esso; la tutela giurisdizionale e la illegalità dell'atto amministrativo. — 6. Da un punto di vista obiettivo, la giurisdizione del giudice ordinario va quindi definita in relazione al concetto di illegalità dell'atto amministrativo; nell'ambito di questa, si deve distinguere tra violazione di norme che tutelano diritti soggettivi del privato, e violazione di norme non connesse con queste posizioni; la conferma della contrapposizione del GUICCIARDI tra norme di relazione e norme di azione. — 7. Quel che sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario è la illegittimità dell'atto amministrativo, contrapposta alla illiceità di questo; l'illegittimità dell'atto amministrativo non corrisponde alla violazione dell'interesse legittimo da un punto di vista qualitativo, perchè non fa riferimento alla lesione di una situazione giuridica soggettiva, tanto meno di una situazione giuridica del privato; e neppure da un punto di vista quantitativo, perchè non da ogni norma di azione scaturisce un interesse legittimo. Prime considerazioni sul rapporto tra norma di azione e interesse legittimo; la legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo. La irrilevanza della definizione dell'oggetto del giudizio

davanti al giudice amministrativo, ai fini della determinazione della giurisdizione del giudice ordinario, la quale, perciò, deve essere dedotta indipendentemente da esso. — 8. La necessità di tradurre in termini di situazioni giuridiche soggettive la accennata determinazione della giurisdizione del giudice ordinario; il diritto del privato ha per limite il correlato diritto dell'Amministrazione. — 9. La mutua implicazione del diritto del privato con quello dell'Amministrazione; la funzione del giudice ordinario, di tutela del rispetto della linea di confine che separa l'una situazione giuridica soggettiva dall'altra.

1. *Considerazioni introduttive; la giurisdizione amministrativa si iscrive in un sistema, le cui linee maestre sono tracciate dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo.* — Il nostro sistema di giustizia amministrativa, come è ben noto, è oggi al centro di dispute vivissime; di esse, è forse possibile individuare il punto focale, almeno quello apparente, identificandolo con la materia del processo amministrativo. Le discussioni, anzitutto, investono i due fondamentali problemi che dominano l'argomento: la determinazione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, e la delimitazione di questo, nei confronti della giurisdizione attribuita al giudice ordinario, in ordine alle controversie delle quali sia parte una pubblica Amministrazione; da questi due poli principali, peraltro, i contrasti si irradiano un po' su tutti gli altri caratteri di quel processo, e arrivano a toccare, in definitiva, gli aspetti salienti dell'intero sistema, rendendo gli uni e gli altri opinabili e incerti. Dalle questioni ricostruttive della disciplina vigente, dalle difficoltà che esse comportano, e, anzi, spesso proprio per causa di queste, le indagini critiche si allargano fino all'esame delle carenze degli attuali istituti, e alla formulazione di proposte di riforma, mediante le quali eliminarle. Il dibattito si presenta così ricco per numero, varietà e importanza di prese di posizione, da poter trovare riscontro, forse, solo nello stato della letteratura che precedette e seguì l'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, anche se pare di dover riscontrare una sostanziale differenza al riguardo: anche se pare di dover rilevare, cioè, che le attuali analisi sembrano meno intimamente, o, comunque, meno con-

sapevolmente legate della dottrina di un tempo a concezioni globali del rapporto tra Stato e cittadino; anche per questo, forse, esse paiono pure meno foriere, almeno presumibilmente, di riforme tanto profonde, durevoli, e organicamente meditate, come quella di un secolo fa ⁽¹⁾.

Senza dubbio, nella dottrina più recente troppe sono le risposte insoddisfacenti o contraddittorie, che vengono date ai problemi indicati: a quelli, principali e secondari, ai quali si è genericamente accennato, non meno che ai due fondamentali, che si sono specificamente enunciati. Il fenomeno pare assai diffuso; troppo diffuso, anzi, da poter essere semplicisticamente spiegato mediante la chiamata in causa delle manchevolezze proprie di questa o quella teorica, singolarmente considerata: è ragionevole l'ipotesi, che di esso debba esistere una causa di fondo.

(1) Non solo è estremamente ricca la dottrina la quale, nel corso di più di un secolo, si è venuta formando sull'argomento, ma è particolarmente vasta anche la letteratura recente in proposito. Piuttosto che appesantire fin dall'inizio il presente lavoro con una lunga nota di scritti, dei quali si terrà comunque conto, e che saranno citati nello svolgimento di esso, si preferisce indicare qui solo alcuni recenti studi, che paiono particolarmente significativi per la comprensione dei termini nei quali si dibattono attualmente i problemi indicati nel testo: MIELE, relazione *La giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, vol. *La giustizia amministrativa*, s. I., 1968, pagg. 9 e ss. (pubblicata anche in *Riv. dir. proc.*, 1966, pagg. 1 e ss., col. titolo *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*); GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964 (nelle successive citazioni di questo scritto, l'indicazione delle pagine si riferisce all'estratto); ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1965, n. 2243, All. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pagg. 1622 e ss.; nonché le seguenti voci dell'*Enciclopedia del diritto*: *Giustizia amministrativa*, di BENVENUTI, vol. XIX, Milano 1970, pagg. 589 e ss.; *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione*, di GIANNINI-PIRAS, *ibid.*, pagg. 229 e ss.; *Giurisdizione (confitti di)*, di CANNADA-BARTOLI, *ibid.*, pagg. 295 e ss., nonché di questo stesso autore, *Interesse (diritto amministrativo)*, vol. XXII, Milano, 1972, pagg. 1 e ss.

Cfr., inoltre, per una analisi dei problemi della giustizia amministrativa inserita in una prospettiva di particolare originalità, BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Atti del congresso*, etc., cit., vol. *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, pagg. 65 e ss., specialmente pagg. 76, 77 e 174 e ss.

Tutti gli scritti indicati, inoltre, sono ricchi di riferimenti e di citazioni di letteratura, ai quali si rinvia per brevità.

Uno spunto per la precisazione di questa sembra che venga offerto da una constatazione: un po' tutta la letteratura di questi ultimi decenni si basa su una impostazione generale, che appare tendenzialmente unitaria; è qualcosa di più consistente che una semplice supposizione, l'opinione che si possa rintracciare in essa la matrice delle incertezze riscontrate, e che, perciò, sia essa che debba essere anzitutto corretta, almeno parzialmente.

Questa possibilità, appena accennata, pare trovare riscontro e conferma già nella prima e più sommaria valutazione della impostazione comune alla dottrina a noi più vicina: essa, infatti, in tutta evidenza, con l'eccezione solo di qualche più recente scritto, sembra essere assai rigidamente improntata al metodo sistematico; in altre parole, essa pare voler desumere il significato delle varie disposizioni attualmente in vigore (si vorrebbe accentuare: testualmente in vigore), badando in primo luogo a dare una coerenza logica dell'insieme, così come questo oggi si presenta. È proprio questo orientamento, pur così ampiamente condiviso, che sembra rivelarsi inadeguato per la ricostruzione del nostro sistema di giustizia amministrativa attualmente vigente.

Tale sistema, in realtà, come tutti sanno, si è venuto formando in una maniera graduale: mediante l'emanazione di una serie di leggi, ciascuna delle quali, ed è questo l'aspetto di maggiore importanza, ha trovato la sua stessa ragion d'essere nella preesistente situazione normativa, e nelle sue lacune; inoltre, ognuna di esse era condizionata nella sua formulazione, dal quadro concettuale che poteva offrire la dottrina della sua epoca⁽²⁾. È intuitivo che l'interprete debba ripercorrere il cammino compiuto dal legislatore; ma ciò esclude proprio che esso possa battere la strada generalmente imboccata: ma ciò esclude proprio che la ricostruzione del sistema vigente possa venire tentata partendo

(2) Sul condizionamento delle formulazioni legislative al quadro concettuale offerto dalla dottrina all'epoca della emanazione della norma, cfr. le considerazioni che abbiamo avuto occasione di svolgere in altro scritto: *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pag. 215 e ss. Il rilievo di tale condizionamento costituirà un motivo più di una volta ricorrente nel corso del presente lavoro.

da una concezione di esso come di un blocco normativo compatto e in sé organico, e quindi suscettibile di una interpretazione che tenga conto dei suoi caratteri, solo così come essi si presentano in un momento dato, in ipotesi in quello attuale; di una interpretazione, in definitiva, sostanzialmente astorica. La ricostruzione del sistema vigente, perciò, deve passare attraverso quelle che paiono essere delle tappe obbligate: l'analisi delle sue singole componenti, individualmente valutate. D'altra parte, la considerazione del progressivo sovrapporsi e del reciproco completarsi delle varie leggi di giustizia amministrativa offre un'altra e non meno importante indicazione del metodo da adottare nella ricerca: come risulta ormai evidente, non è possibile cogliere il significato di ognuna delle singole componenti del sistema, se non mediante il suo inquadramento nella complessa evoluzione legislativa e dottrinale che si è sviluppata, all'incirca, nel mezzo secolo che va dalla unità d'Italia fino alla prima guerra mondiale, e tenendo il massimo conto di quelle motivazioni e di quelle interferenze dogmatiche che si sono accennate.

In questo ordine di idee, per ogni indagine sui problemi della giustizia amministrativa, e quindi anche per il presente lavoro, che concerne il rapporto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria secondo i profili che saranno in seguito precisati, la scelta del punto di partenza si impone da sé: esso non può essere altro che l'esame della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Questa è veramente la pietra angolare del sistema. Anzitutto, essa costituisce una normativa che si pone in una posizione di rottura col precedente ordinamento^(2-bis), tanto da rendere pressoché irrilevante la considerazione della legislazione anteriore, al fine della ricostruzione della disciplina vigente. Secondariamente, la giurisdizione del giudice ordinario disposta all'atto dell'abolizione del contenzioso amministrativo, costituisce ancor oggi il momento di maggior rilievo dell'insieme degli istituti di giustizia amministrativa.

(2-bis) Cfr. BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pagg. 67 e ss.

Questa preminenza della legge del 1865 deriva direttamente dai vigorosi rapporti che la legavano al suo assai pensato e non contingente substrato concettuale: a quelle ideologie di fondo, dalla concezione in senso generico liberale, alle teoriche, allora nuove, dello Stato di diritto, che in essa trovarono appunto la maggiore espressione; che con essa, soprattutto, trovarono la più incisiva e radicale realizzazione, mediante l'affermazione del principio che anche l'Amministrazione, nell'esercizio delle sue funzioni pubblicistiche, è sottoposta al sindacato della giurisdizione ordinaria.

La legge abolitrice del contenzioso amministrativo, d'altronde, pose le basi per la legislazione successiva. Ciò risulta chiaramente soprattutto dalla ricostruzione, che sarà accennata tra breve, del rapporto nel quale l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato si pose col principio suddetto; dal rapporto, cioè, per il quale tale istituzione fu sentita e propugnata come un completamento di questo, che si voleva rimanere inalterato (3).

Se così deve essere precisato il significato della legislazione del 1889, non pare dubbio che per una più esatta comprensione dei caratteri e dei limiti della giurisdizione amministrativa non si possa prescindere, anzitutto, dalla definizione dello spazio che la legge del 1865 aveva lasciato per i nuovi istituti. D'altro canto, sembra che tutto il complesso e grandioso sviluppo della giurisdizione amministrativa si sia potuto inserire senza troppe forzature nel quadro delle principali linee ricostruttive dettate in conseguenza dell'abolizione del vecchio contenzioso amministrativo. Per questi motivi, si può dire che l'approfondimento nell'analisi della legge fondamentale indicata è ancor oggi strumento insostituibile di interpretazione dell'intero sistema di giustizia amministrativa, nelle sue varie componenti; l'accento allo

(3) Per una valutazione per certi aspetti diversa del significato e del valore della legge del 1865, cfr. GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, etc., cit., pagg. 231 e ss.

sviluppo che esso ebbe in questi cento anni, d'altra parte, assume qui, perciò, anche un diverso significato: è anche dimostrazione della straordinaria ampiezza di impostazione e capacità di evoluzione, della legge della quale si discorre; in definitiva, è anche spiegazione della ormai desueta sua longevità (4).

2. *Il sistema di giustizia amministrativa francese, e quello tedesco; la scelta del legislatore italiano del 1865: il suo valore ideologico, e le sue carenze, in ordine alla tutela contro le illegittimità amministrative non ridondanti in violazione di diritti soggettivi del cittadino.* — Si è subito notato che la determinazione della natura dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, e la delimitazione di questo in relazione alla giurisdizione attribuita al giudice ordinario, costituiscono i due problemi fondamentali, in ordine alla materia che si considera. Il primo effetto conseguente all'adozione dell'impostazione sopra precisata riguarda, anzitutto, il rapporto che deve essere delineato tra le due questioni così definite.

I due problemi indicati, correntemente, vengono trattati congiuntamente, e di ciò si potrebbe trovare un buon fondamento: da un punto di vista sistematico, e almeno secondo i comuni orientamenti, infatti, essi si presentano così intimamente e ambivalentemente connessi, che si potrebbe ragionevolmente discutere all'infinito, su quale dei due si presenti come logicamente preliminare rispetto all'altro; si potrebbe affermare, è vero, che non si potrebbero delineare i limiti dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, nei riguardi di quella ordinaria, se non venisse preliminarmente definita la natura di esso; ma non sarebbe affatto arbitrario sostenere la tesi inversa.

Se si tiene conto di una prospettiva storicamente corretta, peraltro, ogni incertezza al riguardo si dissolve: non c'è dubbio

(4) Sull'applicabilità della formula dell'art. 2 della legge del 1865 a diritti soggettivi e a situazioni sostanziali in genere, il cui contenuto e significato in più di cento anni è profondamente mutato, cfr. CANNADA-BARTOLI, *Interesse*, cit., pag. 11; sul problema, cfr. più diffusamente, *infra*, i paragrafi nn. 18 e 19.

che il problema del limite della giurisdizione amministrativa si sia posto per primo; per meglio dire, non c'è dubbio che si sia posto per primo uno dei termini di esso: il limite della giurisdizione del giudice ordinario, così come questo è stato formulato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Ogni indagine che affronti i caratteri della giurisdizione amministrativa, perciò, non può non prendere le mosse dall'analisi del rapporto di essa con la giurisdizione ordinaria: è appunto a questo problema, che è dedicato il presente lavoro, e tale è la ragione della scelta del tema.

Ma l'adozione dell'angolo visuale prescelto, oltre a porre in primo piano il problema indicato, comporta anche una ulteriore, immediata conseguenza: una modificazione dei termini nei quali esso è comunemente impostato. Tale mutamento di prospettiva avrà un effetto che è bene anticipare subito: una diretta incidenza anche sulla stessa soluzione del problema in parola. Questa è stata generalmente affidata dalla dottrina di gran lunga dominante — basterà, a questo proposito, fare il nome dello Zanobini — alla nozione di interesse legittimo (*scil.*: del privato), s'intende non in sé e per sé, ma nel suo contrappunto a quella di diritto soggettivo (parimenti di quel soggetto). Sembra, peraltro, che una adeguata valutazione del quadro normativo e concettuale nel quale si inserì l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, porti a ritenere superflua tale figura, almeno sotto il profilo qui considerato; il quadro indicato, infatti, pare suggerire un diverso elemento, da contrapporre al diritto soggettivo del privato: il criterio di ripartizione tra le due giurisdizioni, che in tal modo risulterà, sembra essere più esatto storicamente, e, anche per questo, in definitiva, pure sistematicamente; di più: esso si rivelerà anche per certi aspetti più incisivo, perché sarà basato su una contrapposizione di elementi ben più marcata di quella costituita dalla distinzione tra due situazioni giuridiche, sia pure di differente tipo, ma pur sempre pertinenti ad un medesimo soggetto.

Il discorso deve prendere le mosse dal precedente rilievo, circa il valore basilare della valutazione del significato della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Come tutti sanno, il legislatore del 1865, nell'intraprendere il rinnovamento della disciplina del contenzioso tra Amministrazione e privati, anche in funzione dell'unificazione dei sistemi preesistenti nelle varie parti d'Italia alla formazione dello Stato nazionale unitario, aveva di fronte gli esempi delle due maggiori nazioni continentali. Anzitutto, il sistema francese, in linea di principio a noi il più vicino, per le ovvie ragioni storiche a tutti note: in esso, come si sa, le funzioni di giudice dell'Amministrazione erano attribuite ad un organo dell'Amministrazione stessa. In secondo luogo, quello tedesco, nel quale era attribuito a speciali tribunali amministrativi, il sindacato in ordine ad un complesso di controversie tra Amministrazione e privati; complesso, e anche questo è un tratto caratteristico, che era più precisato attraverso lunghe enumerazioni di materie, che definito per criteri generali (^{4-bis}).

Evidentemente, la mera schematizzazione di questi due sistemi di per sé dice assai poco: per la comprensione di essi, sarebbe necessario approfondire quei fattori storici, politici, ambientali, e così via, che risultarono decisivi per la loro formazione. Per ridurre il discorso all'essenziale, si osserverà solo che nel sistema francese erano trasparenti le sue origini del periodo rivoluzionario, quando le esigenze che l'esecutivo, espressione delle forze innovatrici, non venisse intralciato nella sua azione da fattori estranei e più conservatori, portarono alla esclusione di ogni controllo esterno, in primo luogo di quello della giurisdizione ordinaria, dallo svolgimento dell'attività di amministrazione at-

(^{4-bis}) Curiosamente, la recente legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, ha usato una tecnica di formulazione delle regole sulla giurisdizione che può sembrare riallacciarsi a tali vecchi e non esemplari precedenti; v. le puntuali osservazioni critiche di F. Satta, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa nella legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Il dir. pubbl. della Regione*, 1972, I, pag. 68.

tiva. In Germania, per contro, mancarono spinte storicamente irrisistibili a favore di una soluzione del problema del contenzioso amministrativo, che rimanesse interna, per così dire, all'Amministrazione stessa; pure, in questo paese vi fu un ostacolo assai rilevante alla estensione pura e semplice della giurisdizione dei giudici ordinari: la riluttanza a delineare in netti termini di diritto soggettivo, il rapporto sostanziale tra privato e Amministrazione.

In Italia, nel quadro di una situazione e di uno sviluppo storico completamente diversi, non esistevano quei fattori che avevano così pesantemente marcato il formarsi del sistema di giustizia amministrativa negli altri paesi. Perciò, il legislatore del 1865 ebbe la possibilità di scegliere una terza alternativa, che poteva contare il sempre ricordato precedente del sistema belga⁽⁵⁾: la sottoposizione, almeno in linea di principio, delle controversie tra Amministrazione e privati, a quei medesimi tribunali civili che esercitano in via ordinaria la funzione giurisdizionale⁽⁶⁾; poté scegliere, così, l'alternativa che appariva come

⁽⁵⁾ Cfr., però, BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pagg. 179 e ss., sulla diversa evoluzione che il sistema ebbe in Belgio, rispetto a quella che poi seguì in Italia: la giurisdizione amministrativa fu istituita solo nel 1946, e la discriminazione di questa nei confronti di quella ordinaria fu basata sostanzialmente sul principio del *petitum*.

Cfr. anche, dello stesso autore, la voce *Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 592 e ss.

⁽⁶⁾ Su tale scelta, anche in relazione alle scelte operate negli altri ordinamenti, sulle sue motivazioni, sulle sue formulazioni, esistono vaste e precise esposizioni, assai note, alle quali si rinvia senz'altro, per brevità; cfr., tra gli altri: SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, pag. 96 e ss.; VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da V. E. Orlando*, vol. III, pag. 345 e ss.; successivamente, cfr. PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma 1932, vol. II, pagg. 157 e ss., e, nella letteratura più recente, cfr. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, s.a., ma 1963, pag. 1 e ss.; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Milano 1964, pag. 1 e ss.; di questo autore. cfr. anche *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, pagg. 335 e ss.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ed., Padova, 1957 (ristampa), pagg. 51 e ss.; BENVENUTI, *Mito*, etc., cit.,

la più consona alle correnti di pensiero dominanti nell'epoca⁽⁷⁾.

La soluzione adottata, infatti, senza dubbio permise la realizzazione più conseguente e radicale dei postulati liberali⁽⁸⁾; essa, soprattutto, completò nella maniera più coerente, sul piano della tutela giurisdizionale, i principi di diritto sostanziale che sono i fondamenti stessi dello Stato di diritto⁽⁹⁾: la sottoposizione

pagg. 181 e ss., nonché la voce *Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 592 e ss.; DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963, pagg. 14 e ss.

Per una comparazione del sistema italiano con altri sistemi europei, cfr. ora il volume su *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, di AA.VV., a cura di PIRAS, Torino, 1971.

⁽⁷⁾ Cfr., però, tutta l'impostazione critica di BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., specialmente pagg. 76, 77.

Sul punto, v. le interessanti osservazioni di OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Milano 1965, vol. II, pagg. 467 e ss.

⁽⁸⁾ Cfr. BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pag. 70, dove si afferma la sostanziale estraneità delle soluzioni adottate dalla legislazione di unificazione del 1865, anche di quelle relative alla giustizia amministrativa, alle tradizioni giuridiche italiane, o almeno alle tradizioni giuridiche della maggior parte delle regioni: il legislatore si sarebbe riferito prevalentemente a elaborazioni dottrinali straniere, e avrebbe scarsamente utilizzato il patrimonio culturale nazionale.

Data l'indubbia matrice ideologica della legislazione del 1865 — qui considerata solo per quel che concerne la giustizia amministrativa — in tal modo si viene a porre sul tappeto il grosso problema del rapporto tra concezione liberale e cultura nazionale, che qui non può venire affrontato: in proposito, cfr., per limitare le indicazioni bibliografiche ai più recenti scritti in connessione col tema del presente lavoro, NICRÒ, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, pagg. 715 e ss., nonché V. CAIANIELLO, *Giustizia amministrativa e Stato sociale pluralistico*, in *Foro amm.*, 1971, III, pagg. 509 e ss.

È certo che, alla luce delle affermazioni di BENVENUTI, acquistano un significato particolare le parole con le quali VITTORIO EMANUELE ORLANDO accennava «... all'evidente squilibrio fra il carattere formalmente liberale delle istituzioni vigenti in Italia e la sostanziale rispondenza di esse al grado di civiltà del popolo», attribuendo tra l'altro a questa causa l'eccessiva timidezza, per non dir di più, con la quale la Magistratura ordinaria aveva utilizzato i poteri a lei attribuiti dalla legislazione del 1865 (*La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da V. E. Orlando*, vol. III, Milano 1901, pagg. 633 e ss.; le parole riportate sono a pag. 636).

Per un inquadramento storico e ideologico della legislazione del 1865, cfr. tutto il volume su *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario*, cit.

Per altri, interessanti rilievi, cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, pagg. 149 e ss.

⁽⁹⁾ Cfr. ancora BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., *passim*, per una vigorosa analisi pole-

dell'Amministrazione alla legge, anche in ordine alla titolarità e all'esercizio dei suoi poteri d'imperio⁽¹⁰⁾; correlativamente, la definizione in termini di diritto soggettivo, delle contrapposte posizioni tutelate dei privati⁽¹¹⁾. Ma, come tutti sanno, tale soluzione, malgrado tutti i suoi pregi, malgrado che apparisse allora, come appare tutt'ora, la più giustificata dal punto di vista dei principi, anche al di là della sua matrice ideologica originaria, non risultò completamente soddisfacente: essa, di per sé, non portò alla formazione di un sistema completo, oltre che efficiente, di garanzie del rispetto della legalità da parte dell'Amministrazione, giacché, al contrario, nella sua attuazione pratica si rivelò gravemente lacunosa.

La legge abolitrice del contenzioso amministrativo, infatti, determinò la giurisdizione del giudice civile nei confronti dell'Amministrazione, facendo riferimento alla nota formula dei diritti civili o politici lesi dall'atto: sono innumerevoli le analisi della portata della espressione legislativa⁽¹²⁾, le constatazioni dei suoi limiti; meno frequente, forse, è però il rilievo della probabile

mica dei limiti di una simile concezione, accentuati dalla realizzazione che essa ebbe in Italia, specie per quel che riguarda l'esclusione o comunque la compressione di quella che oggi con linguaggio moderno si chiamerebbe la democrazia di partecipazione (v. specialmente pagg. 87, 125 e ss., 144 e ss.), e la riduzione delle autonomie locali (v. specialmente pagg. 143 e ss. e 159 e ss.). In proposito, oltre al libro di ALLEGRETTI, ora citato, *passim*, sono molto importanti gli scritti di BERTI, di cui v. da ultimo *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1861 e ss.; v. anche, *ivi*, le indicazioni dei suoi precedenti lavori, nonché di altra letteratura.

⁽¹⁰⁾ Sulle note difficoltà politiche, ideologiche, concettuali, etc., che ostacolano il processo di sottoposizione dell'amministrazione ad un giudice, sia ordinario che amministrativo, cfr., da un punto di vista particolare, ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., pagg. 167 e ss., 332 e ss. 86 e ss., nonché DELFINO, *L'eccesso di potere*, cit., pag. 19 e ss., e anche 42 e ss.

⁽¹¹⁾ Da ultimo, cfr., molto puntualmente, CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse*, cit., pag. 10.

⁽¹²⁾ La letteratura sul punto è vastissima; v., per tutti, la classica trattazione del VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., *passim*, ma specialmente pagg. 397 e ss., nonché CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1960 (ristampa), pagg. 341 e ss.; cfr. anche, da ultimo: CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 80 e ss. 86 e ss.

inevitabilità di essi, come conseguenza della scelta di fondo compiuta, relativa alla sottoposizione dell'Amministrazione al giudice ordinario⁽¹³⁾.

Pare superfluo insistere su dei caratteri della giurisdizione civile, che sono generalmente accettati: sul legame assai stretto, cioè, che la sua definizione storicamente ebbe, con la nozione di diritto soggettivo⁽¹⁴⁾; con formula riassuntiva, sulla funzione di tutela che le fu attribuita in via principale, della cerchia delle posizioni di vantaggio, che per il singolo scaturiscono dalla norma obbiettiva, e che sono soggettivabili, appunto, in termini di diritto soggettivo. Ora, in linea di principio, il riferimento ad un certo tipo di giurisdizione, ad un certo tipo di tutela giurisdizionale, sembra necessariamente comportare anche il riferimento al loro oggetto normale; perciò, se la giurisdizione ordinaria e la sua funzione, già su un piano generale sono definite in relazione al concetto di diritto soggettivo, non si vede come la sottoposizione ad esse delle controversie tra Ammini-

⁽¹³⁾ Cfr. le considerazioni di SPAVENTA, nell'incompleto *Discorso per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *La Giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949, pag. 224.

⁽¹⁴⁾ Basta, a questo proposito, il richiamo della classica posizione di CHIOVENDA, che collega strettamente i termini di giurisdizione e di azione, e quindi di diritto soggettivo: v., tra gli altri scritti, *Principi di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli 1923, *passim*, ma specialmente pag. 29 e ss.; cfr. anche MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano s.a., pag. 16 e ss.; cfr. ancora, di recente, ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano 1959, *passim*, ma specialmente pagg. 802 e ss., e, da ultimo, SARTI, voce *Giurisdizione (Nozioni generali)*, *ibid.*, vol. XIX, Milano 1970, specialmente pag. 225.

Questa interdipendenza è ben nota ai pubblicisti; il collegamento tra giurisdizione e diritto soggettivo, per esempio, è particolarmente stretto in CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.a., pag. 17, 18. D'altra parte, è su di esso, in connessione con la constatazione che la quarta Sezione del Consiglio di Stato non ha cognizione su diritti soggettivi, che si basava la assai nota dottrina contraria a riconoscere carattere giurisdizionale all'attività di tale organo; v. soprattutto, ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pagg. 730, 766 e ss.; SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, *ibid.*, pag. 550; *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, *ibid.*, pag. 1172. Per un panorama della letteratura sul concetto di giurisdizione, dal punto di vista amministrativistico, cfr. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962, vol. II, pag. 38 e ss.

strazione e cittadini non potesse essere circoscritta alle ipotesi nelle quali si faccia questione di situazioni giuridiche aventi tale natura.

Si convenga o meno sul rilievo della inevitabilità di una simile limitazione della giurisdizione del giudice ordinario, sta di fatto che questa fu disposta esplicitamente da parte del legislatore del 1865; la formulazione in tal senso della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, allora, produsse nel sistema una falla molto grave: la sottrazione alla tutela dei tribunali civili, di tutti i casi nei quali la illegittimità compiuta dall'Amministrazione, pur riuscendo lesiva di interessi di privati, non ridondasse in violazione di posizioni di questi, le quali fossero garantite dall'ordinamento come diritti soggettivi ⁽¹⁵⁾; e la gravità di questa lacuna era destinata ad aumentare sempre più: i casi che in tal modo rimanevano privi di tutela, infatti, tendevano inesorabilmente a moltiplicarsi, di pari passo con lo sviluppo di una delle evoluzioni del diritto amministrativo di dimensioni più notevoli, e ancor oggi non completamente chiarita nelle sue cause di fondo: la moltiplicazione di norme, le quali, con terminologia giuridiana, si direbbero di azione. Né, d'altronde, il valore della attribuzione al giudice ordinario della funzione di garanzia della sfera giuridica del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, la conseguente maggiore consistenza e dignità dei diritti di esso, potevano sembrare una contropartita sufficiente a fare accettare tale incompletezza dei mezzi di tutela; al contrario, quei fattori, in quanto espressione di una tendenza di fondo volta ad assicurare le massime garanzie del rispetto della legge, e degli interessi privati da questa protetti, da parte dell'Amministrazione, contribuivano a rendere insopportabile una simile lacuna nella realizzazione del tanto sentito orientamento garantistico.

L'esigenza di completamento del sistema era poi ulteriormente acuita da quello che sicuramente era l'aspetto meno sod-

⁽¹⁵⁾ Cfr. da ultimo, con originalità di analisi, *BENVENUTI, Mito*, cit., pagg. 192, 193.

disfacente della legge del 1865: l'aspetto, cioè, per il quale « gli affari non compresi » nelle « materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico », venivano abbandonati ai poteri decisori dei medesimi organi di amministrazione attiva; ciò, come fu subito da molti rilevato ⁽¹⁶⁾, costituiva addirittura un netto regresso rispetto all'ordinamento precedente, nel quale, anche oltre la violazione di veri e propri diritti soggettivi, il cittadino danneggiato da un illegittimo comportamento di un soggetto pubblico, aveva ricorso agli ormai aboliti tribunali speciali del contenzioso amministrativo ⁽¹⁷⁾.

Queste, dunque, erano le motivazioni di quel vivacissimo movimento di idee, di cui costituisce l'espressione più nota e rappresentativa, il famoso discorso sulla *Giustizia nell'Amministrazione*, che Silvio Spaventa pronunciò a Bergamo nel 1880; di quel movimento di idee, cioè, che, prese le mosse dalla situazione venutasi a creare con l'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e dalle carenze di questa, fruttificò nel 1889, con l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Il rilievo è assai diffuso nella dottrina meno recente; cfr. per tutti: *BRUNIALTI, I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, in *Biblioteca di scienze politiche*, 2ª serie, vol. VIII, Torino 1902, pag. XXX. Cfr. anche *DE MURTAS-ZICHINA, La giustizia amministrativa, in Italia*, Torino 1883, pagg. 9 e ss. Nella letteratura più recente cfr. *BACHELET, I ricorsi amministrativi nel sistema della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 246.

⁽¹⁷⁾ È pure sotto questo profilo che si sviluppò l'opposizione, anche parlamentare, ai progetti di quella che divenne la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ed è sotto tale profilo che furono poste in evidenza la carenze conseguenti alla limitazione ai soli diritti soggettivi, della tutela del giudice ordinario; il Cordova, come si sa, propose un controprogetto, il quale, mentre veniva fatta sostanzialmente salva la competenza poi effettivamente attribuita al giudice ordinario, prevedeva il mantenimento, e anzi l'ampliamento del vecchio contenzioso, con funzioni che in qualche modo, più o meno completamente e direttamente che sia, avrebbero riempito quel vuoto di tutela, che fu invece colmato solo con l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato. Cfr., in proposito, la letteratura citata nella nota 4, e, in particolare, di recente: *CANNADA BARTOLI, Il diritto soggettivo*, cit., pag. 337; *La tutela giudiziaria*, cit., pagg. 47 e ss.; *BENVENUTI, Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 598, 599 e ss.

⁽¹⁸⁾ Sulla storia e sul significato della riforma del 1889, e per indicazioni degli orientamenti dottrinali al riguardo, cfr. *CANNADA BARTOLI, La tutela giudiziaria*

3. *L'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato come completamento della legge del 1865, senza alterazione del principio fondamentale, secondo il quale il giudice ordinario è il normale giudice dei diritti del privato nei confronti dell'Amministrazione; conseguente necessità di definire i limiti della giurisdizione amministrativa non in diretto confronto con la giurisdizione del giudice ordinario, ma entro i limiti di quello che a questa giurisdizione rimaneva sottratto.* — Lo sviluppo storico che si è sommariamente ricordato è generalmente noto. Ciò nonostante, si è ritenuto ugualmente opportuno richiamarlo qui, sia pure in forma estremamente sintetica: il cenno che si è fatto al riguardo, infatti, appare un momento necessario di un ragionamento che permetterà di fondare alcune conclusioni, le quali, seppur ovvie, sembrano tanto importanti, quanto scarsamente utilizzate dalla dottrina: le precisazioni dei rapporti tra la legislazione del 1865 e quella del 1889, dalle quali si potranno trarre delle nette conseguenze di carattere dogmatico, nei confronti di una più corretta impostazione del problema della delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti di quella del giudice ordinario.

Si devono riprendere qui dei rilievi già anticipati: si deve ripetere qui, cioè, che la sottoposizione ad un efficiente sindacato delle illegittimità amministrative le quali, secondo la for-

cit., pagg. 50 e ss., e, da ultimo, GIANNINI-PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 235 e ss.; cfr. anche DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 174 e ss.

Sulle implicazioni sostanziali che tale riforma avrebbe avuto, altro problema sul quale la letteratura è importante, cfr. CANNADA BARTOLI, *op. loc. ult. cit.*, e DELFINO, *op. cit.*, pagg. 270 e ss., e, da ultimo, GIANNINI-PIRAS, *op. cit.*, pag. 242 e ss. Sull'incidenza di essa sui poteri dell'amministrazione, v. anche ALI, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pag. 561.

Molto interessanti le considerazioni di BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pagg. 258 e ss., sul significato di rottura del sistema di ricorsi interni all'Amministrazione previsto dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, che avrebbe avuto l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Sotto un profilo storico, cfr. LANDI, *Contributo del Consiglio di Stato alla riunificazione legislativa italiana*, in *Foro amm.*, 1965, III, pagg. 127 e ss. (specialmente pagg. 133 e ss.), e Silvio Spaventa e il Consiglio di Stato, *id.*, 1970, III, pagg. 53 e ss.

mulazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, sfuggivano alla giurisdizione del giudice ordinario, fu propugnata in una prospettiva chiaramente delimitata: fu auspicata come una estensione delle garanzie di legalità dell'azione dell'Amministrazione, la quale doveva essere raggiunta nel quadro del sistema delineato dalla legge del 1865; in altre parole, secondo le istanze di riforma sopra accennate, questo sistema doveva essere completato, ma non modificato nella sua essenza: a sostegno di queste osservazioni, sembra che sia sufficiente richiamare il già citato discorso di Silvio Spaventa. Questo rapporto tra la vecchia legislazione e la nuova, fu esplicitamente disposto da quest'ultima⁽¹⁹⁾, come è generalmente noto; ma anche se si volesse svalutare il significato del pur chiarissimo elemento testuale⁽²⁰⁾, anche se si volesse ricercare pure per altra via la portata più profonda della riforma, non sembra che il risultato cambi: si crede che, dato l'angolo visuale dal quale si tocca il problema, non possa esistere testimonianza più probante in ordine all'aspetto indicato, di quella offerta dalla letteratura non troppo successiva al 1889; ebbene, quando fu istituita la quarta Sezione del Consiglio di Stato, la dottrina più vicina all'evento pose nel massimo rilievo la circostanza che l'eliminazione della lacuna esistente nel sistema della legge del 1865, non alterò affatto le linee essenziali di quest'ultimo: la costituzione nel seno stesso dell'Amministrazione, di un organo di sindacato sull'azione amministrativa, non doveva essere inteso come un abbandono del principio fondamentale, secondo il quale i tribunali civili sono i normali giudici dei rapporti tra Amministrazione e cittadini; non doveva essere inteso, in particolare, come un riavvicina-

⁽¹⁹⁾ Cfr. il primo comma, ultima parte, dell'art. 26 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, che è attualmente vigente; la disposizione si ritrova identica fin dall'originaria formulazione della norma attributiva della competenza della quarta Sezione del Consiglio di Stato: cfr. l'art. 24 del testo unico approvato con R.D. 2 giugno 1889, n. 6166.

⁽²⁰⁾ I lavori preparatori sono chiari in tal senso: cfr. i richiami di DELFINO, *L'eccesso di potere*, cit., pag. 265, che dal canto suo si esprime a favore della tesi sostenuta nel testo.

mento sostanziale al sistema francese del contenzioso esclusivamente interno all'Amministrazione, nè tanto meno, ovviamente, a quello tedesco dei tribunali amministrativi; anche a sostegno di questa ulteriore osservazione, sembra sufficiente richiamare l'autorità di un solo nome: quello di Vittorio Emanuele Orlando⁽²¹⁾. D'altra parte, non si può dimenticare il significato della estensione della giurisdizione del giudice ordinario, operata dalla legge del 1865, né la coerenza con la quale essa realizzava i postulati degli orientamenti ideologici allora dominanti, né la sua validità, in definitiva trascendente la sua epoca: se si tiene conto dell'importanza di ciascuno di questi fattori, e ancor più del loro complesso, non può non apparire assurdo che a tutto ciò si rinunciaste, anche solo in parte, meno di un quarto di secolo dopo averlo conquistato.

Questa ricostruzione dei rapporti tra la legislazione del 1865 e quella del 1889 si imporrebbe da sé, ove alle funzioni dell'organo di nuova istituzione si fosse attribuito il carattere amministrativo di controllo, secondo quella che, ciò non va dimenticato, era la migliore dottrina dell'epoca⁽²²⁾: in questa ipotesi,

(21) *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 634; v. anche CAMMEO, *Corso*, cit., pag. 352.

Nella letteratura a noi più vicina, cfr. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 14; NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano 1960, pagg. 75 e ss.; KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova 1961, pag. 141, nella prospettiva della dimostrazione dell'assunto che, nel nostro ordinamento, la giurisdizione ordinaria ha sempre costituito la regola e la giurisdizione amministrativa l'eccezione; POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, pagg. 507 e ss., nel quadro di una analisi ricostruttiva delle ragioni che portarono alla istituzione della giurisdizione di merito; BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pag. 261.

Sul punto, cfr. anche BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pag. 194 e ss.

(22) Cfr. in questo senso: ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 758 e ss.; SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali*, cit., pag. 530, 550 e ss.; *I giudizi sui conflitti*, cit., pag. 1238, 1254 e ss., che però ammette il carattere giurisdizionale della funzione esplicita in alcuni casi di giudizio di merito.

Nel senso opposto, cfr. soprattutto MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, pag. 63/ e ss., e nel vivace articolo che da questo punto di vista ha carattere retrospettivo: *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli*

infatti, la relazione tra la decisione contenziosa della quarta Sezione del Consiglio di Stato, e la sentenza dei tribunali civili, si sarebbe dovuta delineare come una relazione tra un atto amministrativo e un atto giurisdizionale, con tutte le ovvie conseguenze che una impostazione del genere avrebbe comportato, dal punto di vista che qui interessa; in ogni caso, poi, non sarebbe stata neppure immaginabile una alterazione della giurisdizione del giudice ordinario, come effetto della istituzione di un controllo amministrativo, sia pure in forma contenziosa, ma comunque, sotto questo profilo, interno all'Amministrazione medesima. La ricostruzione sostenuta, peraltro, appare ugualmente esatta sulla base dell'orientamento che ha prevalso, del carattere giurisdizionale delle funzioni in parola; e, si sottolinea subito, questa è l'unica prospettiva nella quale tale ricostruzione viene qui proposta, giacchè essa è anche l'unica, la cui considerazione possa

atti amministrativi, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, pag. 389 e ss.; MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, pag. 31; ROVELLI, *Sul carattere delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, pag. 208 e ss.; in questo ultimo scritto, vi è un quadro assai ampio e dettagliato della letteratura sull'argomento, al quale per brevità si rinvia senz'altro. Cfr. comunque, parimenti con ampie citazioni, anche MAJORANA, *Le giurisdizioni amministrative e la Suprema Corte di Cassazione*, Roma 1904, specialmente pagg. 81 e ss.

Fra gli scritti comparsi successivamente, v. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, pagg. 407 e ss., e più recentemente, MIELE, *Contributi di V. E. Orlando al diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pagg. 65 e ss.

Da ultimo, su tutta la vicenda della progressiva affermazione del carattere giurisdizionale delle funzioni esercitate dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, v. P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, pagg. 120 e ss.; BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 602 e ss., con interessanti riferimenti alla correlata evoluzione della giurisprudenza sulle forme di rilevabilità del vizio di eccesso di potere. A tale vicenda si farà riferimento anche *infra*, pagg. 84 e ss., con ulteriori indicazioni di letteratura, per le sue implicazioni sullo sviluppo del concetto di interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale.

Per le implicazioni della tesi del carattere amministrativo delle funzioni esercitate dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, v. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino 1966, pag. 1085.

apparire oggi di interesse attuale: non pare dubbio, infatti, che quel carattere giurisdizionale delle funzioni del Consiglio di Stato sia ormai pacificamente considerato anche dalla dottrina come acquisito in modo storicamente irreversibile.

L'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, si può dunque concludere, non ha alterato sostanzialmente la giurisdizione che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo aveva attribuito al giudice ordinario. Questo rilievo, s'intende, vale solo sul piano dei principi: in particolare, di quello della delimitazione di tale giurisdizione in relazione ai diritti soggettivi del privato; la sua validità, perciò, non potrebbe essere messa in discussione sulla base di considerazioni relative al modo nel quale la giurisprudenza applicò in concreto la definizione di quella giurisdizione stessa, e alle eventuali oscillazioni al riguardo, anche a quelle che si ritenesse eventualmente che fossero intervenute in dipendenza della istituzione del nuovo giudice⁽²³⁾. Ma pur con una portata così limitata, il rilievo stesso pare acquistare una sufficiente consistenza, in ordine allo svolgimento del ragionamento che si viene proponendo: esso, anche così formulato, si rivelerà pur sempre idoneo a fondare una ulteriore conseguenza.

L'affermazione del sostanziale mantenimento della giurisdizione precedentemente attribuita ai tribunali civili, la stessa insistenza con la quale si è indugiato sul punto peraltro abbastanza incontrovertibile, infatti, chiaramente hanno qui un valore soprattutto strumentale: esse servono come base per la seguente conclusione: i limiti della giurisdizione amministrativa devono essere definiti, a partire dalla definizione dei limiti della giurisdizione ordinaria. Questa conclusione pare valere in modo assoluto, ove si convenga che il problema del riparto di giurisdizione tra giudici amministrativi e giudici ordinari, almeno in linea di massima, debba essere impostato in termini di alternazione; ove

(23) Cfr. l'analisi della giurisprudenza sull'argomento, e delle sue oscillazioni, condotta da CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., specialmente pag. 94 e ss., 106 e ss.; sul punto, cfr., *infra*, ai paragrafi n. 18 e n. 19.

si convenga, cioè, che la determinazione della giurisdizione dell'un giudice, comporti, almeno tendenzialmente, l'esclusione del concorso della giurisdizione dell'altro giudice. Ora questo presupposto, il cui accoglimento condiziona l'accettabilità del discorso che si svolge, pare appunto che debba essere riconosciuto esatto; oltre tutto, come è ben noto, è in questo senso l'orientamento che la giurisprudenza ha sviluppato nel più fermo dei modi, almeno sul piano dei principi, e come conseguenza del ritenuto carattere giurisdizionale delle funzioni attribuite alla quarta Sezione del Consiglio di Stato.

Potrebbero sorgere perplessità in ordine alla validità di quanto qui sostenuto, in ordine alla validità di quello stesso orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, relativo ai rapporti tra le due giurisdizioni, il riferimento al quale costituisce per il momento il solo argomento portato a sostegno della tesi proposta: potrebbe essere osservato, infatti, che la posizione giurisprudenziale suddetta è senza dubbio di grande rilievo, in quanto costituente, se non altro, la realtà effettuale del nostro ordinamento sul punto; ma che, ciò nonostante, essa non è né indiscutibile, né in concreto indiscussa: come è ben noto, si è manifestata spesso, in varie riprese e in varie forme⁽²⁴⁾, talvolta con formulazioni assai incisive, una divergente tendenza, soprattutto, ma non esclusivamente, di carattere dottrinale: la tendenza, cioè, secondo la quale il Consiglio di Stato potrebbe decidere anche su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria; come si sa, si tratta di un orientamento che trovò la sua più celebre riaffermazione nella teoria dello Scialoja, sulla tutelabilità dei diritti soggettivi come dei meri interessi⁽²⁵⁾; esso, peraltro, riecheggia anche in

(24) Cfr. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pagg. 106, 107.

(25) Cfr., di questo autore, la nota a Cass. Roma 24 giugno 1891, che decise il celeberrimo caso *Laurens*, in *Foro it.*, 1891, I, 1118, e, quando ormai la questione era stata superata: *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, cit., in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, pag. 407 e ss.; v. anche LOMONACO, *Legge e regolamenti sul Consiglio di Stato*, Roma, 1894, pag. 385 e ss., 408 e ss.; nello stesso senso, ma con attenuazioni, v. PORRINI, *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni con la giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative*

più recenti costruzioni, come, per esempio, in quella della c.d. doppia tutela⁽²⁶⁾. Potrebbe essere osservato, inoltre, che la tendenza che si richiama ha trovato il suo più solido fondamento

speciali, in *Arch. giur.*, 1892, pag. 526 e ss.; MEUCCI, *Il principio organico*, cit., pag. 19; cfr. anche la posizione dell'ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., secondo il quale la tesi dello SCIALOJA sarebbe accettabile, se si accogliesse la teoria del carattere non giurisdizionale delle funzioni esercitate dalla quarta Sezione del Consiglio di Stato (pag. 742 e ss., 784 e ss.), mentre non lo sarebbe, nell'ipotesi contraria (pag. 742). Cfr. anche SCHANZER, *La posizione costituzionale della quarta Sezione del Consiglio di Stato*, Roma 1901, pag. 17 e ss., 24 e ss., 28 e ss.

In senso contrario alla tesi dello SCIALOJA, v. VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., pag. 464; LEPORINI, *Di una teoria sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Studi senesi*, vol. IX, pag. 205 e ss.; BRUNIALTI, *I diritti dei cittadini*, cit., pag. LXXXVIII; v. anche, *ivi*, le citazioni nel medesimo senso dell'ARMANNI e del RANELLETTI.

Sull'argomento, cfr., successivamente, PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse*, cit., pagg. 288 e ss., e, più di recente, CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 56 e ss., 195; GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 5 ss., dove è sostenuto che la giurisprudenza, risolvendo il problema in modo contrario alla tesi dello SCIALOJA, risolse una delle alternative che il sistema lasciava aperte, agendo così come un legislatore; cfr. anche, in argomento, dell'autore e dell'opera citata da ultimo, pag. 74 e ss.; MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli 1960, pagg. 32 e ss., 72 e ss., 82, 83; VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano 1968, pag. 114 e ss., con ampia bibliografia.

Da ultimo, infine, cfr. la ricostruzione di tutta la vicenda del caso *Laurens* di P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale*, cit., pagg. 126 e ss., con l'inquadramento della posizione assunta dalla Cassazione in quella occasione, nella evoluzione la quale, soprattutto ad opera della giurisprudenza, portò all'assetto attuale dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

⁽²⁶⁾ Cfr. l'esposizione del problema, e i riferimenti bibliografici, che si è avuto occasione di accennare in precedenti scritti: *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, pag. 422 e ss.; *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 341, 342; cfr. ancora: SICA, *Prospettive processuali della « doppia tutela »*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1957, II, 712; CINTOLESI, *Lesioni d'interessi giuridici e risarcimento del danno*, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, 492; CANNADA BARTOLI, *In tema di competenza giudiziaria e di nessi fra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, 374; *La tutela giudiziaria*, cit., pagg. 146 e ss., e, da ultimo, la voce *Interesse*, cit., pagg. 12 e ss.; MONTESANO, *Processo civile*, cit., pag. 83; ANDRIOLI, *Bilancio*, ecc., cit., pagg. 1627 e ss.; LANDI, *Rapporti fra funzione consultiva e giurisdizionale nel Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pagg. 863 e ss.; VILLATA, *L'esecuzione del giudicato*, cit., pagg. 114 e ss.; GIANNINI-PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 281, 282.

A differenza della teoria c.d. del diritto fatto valere come interesse, la teoria della c.d. doppia tutela trova applicazione, anche recente, nella giurisprudenza: tra

nella concezione amministrativa delle funzioni attribuite alla quarta Sezione del Consiglio di Stato⁽²⁷⁾; ma che, anche a prescindere dall'inconsistente appoggio ad una alternativa di sviluppo del sistema che la dottrina mostra di considerare come ormai storicamente superata in modo definitivo, la tendenza stessa non sarebbe da trascurare: la possibilità di una concorrenza nei confronti di medesime materie, della competenza del giudice amministrativo e di quella del giudice ordinario, parrebbe che potesse essere sostenuta, anche nella prospettiva di una relazione tra tali due giudici, che venisse delineata nella maniera oggi indiscussa: di una relazione, cioè, intesa come un rapporto tra due organi parimenti giurisdizionali.

Rilievi critici di questo genere, peraltro, non potrebbero essere qui condivisi. Si comincerà col notare, in primo luogo, che tanto secondo la teoria dello Scialoja, quanto secondo la costruzione della c.d. doppia tutela, solo apparentemente si verifica quella concorrenza di giurisdizioni della quale si discorre: secondo ambedue tali ordini di idee, infatti, non pare che giudice civile e giudice amministrativo vengano a conoscere di una identica situazione giuridica del soggetto; piuttosto, sembra che ambedue le teorie richiamate, postulino, sia pure in misura e in maniera differente, una comune ipotesi di base: che una medesima posizione individuale, la quale per certi aspetti costituisce indiscutibilmente un diritto soggettivo, possa, da altro punto di vista, atteggiarsi come un interesse legittimo; sarebbe in conseguenza di questa ambivalenza del modo di essere della situazione sostanziale, che sul piano processuale si manifesterebbe quel fenomeno

le tante pronunce, v., a titolo esemplificativo, Sez. V, 20 febbraio 1968, n. 112, in *Foro it.*, 1968, III, 337, con nota di richiami.

Per riferimenti, cfr. anche le considerazioni di CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 381, dal punto di vista della pubblica amministrazione come parte attrice, sulla scelta che entro certi limiti essa può operare, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, sulla base della norma citata.

⁽²⁷⁾ Cfr., infatti, l'opinione espressa dall'ORLANDO, che è stata citata nella precedente nota 25.

che apparentemente può essere apprezzato come una concorrenza di due distinte giurisdizioni su di una medesima materia.

Un passaggio fondamentale del presente lavoro, come si dirà in seguito, sarà fondato sull'accoglimento della teoria della c.d. relatività delle situazioni giuridiche soggettive⁽²⁸⁾: è ovvio, perciò, che non sarà certo dall'angolo visuale dell'indagine che si cerca di svolgere, che si può e si vuole mettere in discussione il principio generale della polivalenza degli atteggiamenti di una medesima situazione individuale; e, in ordine a questo rilievo, poco importa se questo principio sarà successivamente inteso in una maniera a sua volta ancora diversa, almeno sotto certi profili, da quelle, pur già tra di loro non analoghe, che sono presupposte dalle tesi che ora si esaminano. Non è quindi da tale punto di vista che queste vengono valutate criticamente; né, del resto, nei loro confronti è necessario svolgere una analisi che venga sviluppata in senso critico: è sufficiente osservare, infatti, che, una volta che si sia riportato il discorso sul terreno dei modi di essere della situazione giuridica sostanziale, la concorrenza delle giurisdizioni di due distinti giudici in ordine ad essa, si rivela essere una apparenza che si dissolve subito: sembra ormai chiaro che la conseguenza della possibile duplicità di atteggiamento di quella situazione, possa essere costituita, al massimo, dall'attribuzione di un potere di scelta al suo titolare, dell'aspetto sotto il quale venga dedotta in giudizio; ed è appena il caso di ricordare quanto questa conseguenza sia eventuale: l'attribuzione indicata, infatti, se pare doversi riconoscere in ordine alla costruzione della c.d. doppia tutela⁽²⁹⁾, è stata viceversa clamorosamente negata in ordine alla teoria dello Scialoja; anzi, per meglio dire, in ordine a questa teoria è stata clamorosamente negata la stessa possibilità della duplicità di atteggiamento della situazione giuridica sostanziale⁽³⁰⁾. Dal punto di vista che qui inte-

⁽²⁸⁾ Cfr. *infra*, al paragrafo n. 16.

⁽²⁹⁾ Cfr. le considerazioni che abbiamo avuto occasione di svolgere in *Osservazioni in tema di discriminazione*, etc., cit., in *Foro amm.*, 1956, II, 1, col. 339 e ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 5 e pag. 74.

ressa, comunque, la conclusione che si deve trarre in ogni caso non cambia: secondo le teorie che si sono esaminate, infatti, l'apparente concorrenza di due distinte giurisdizioni nei confronti di una medesima materia, pare in realtà non sussistere: anche quando si voglia ammettere la duplicità di atteggiamento della situazione giuridica sostanziale, anche quando si voglia concedere al suo titolare il potere di scegliere il profilo sotto il quale dedurla in giudizio, un punto rimane sempre fermo: che, una volta tale scelta compiuta, in conseguenza di essa la determinazione del giudice competente consegue sempre nel modo più rigido ed esclusivo di ogni altra competenza, che sia possibile; è vero che può darsi che due giudici conoscano contemporaneamente di una medesima posizione sostanziale, ciascuno secondo uno dei possibili atteggiamenti di essa: ma questa duplicità di atteggiamento dell'oggetto dei due giudizi, impedisce che si possa parlare di una vera e propria concorrenza di due giurisdizioni, in ordine ad una medesima situazione giuridica⁽³¹⁾.

Fin qui, l'analisi delle due specifiche teorie delle quali si è tenuto conto; ma sembra che lo spunto che è parso possibile trarre da essa, possa essere a sua volta agevolmente generalizzato; sembra, inoltre, che in tal modo, all'affermazione prima avanzata, della impossibilità di una concorrenza in senso proprio della giurisdizione del giudice amministrativo, con quella del giudice ordinario, si possa attribuire un suo valore intrinseco, che sopravvanti l'efficacia dell'appoggio che le viene dall'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato. Le basi del discorso sono sempre l'ormai incontrovertibile carattere giurisdizionale delle funzioni del Consiglio di Stato, la conseguente profilazione del rapporto di questo organo con il giudice ordinario, in termini di rapporto tra due distinte giurisdizioni, la cui delimitazione reciproca è ancorata alla distinzione tra due diverse situazioni giuridiche soggettive. Per la verità, sembra che, per la sua evidenza, debba es-

⁽³¹⁾ Cfr. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pagg. 646 e ss.

sere considerato un assioma da cui partire, il rilievo secondo il quale, in uno stato normativo del genere, la competenza delle due giurisdizioni in giuoco sia alternativa; pare ovvio, infatti, che la qualificazione in un certo modo, della posizione sostanziale dedotta in giudizio, comporti una correlativa determinazione del giudice competente la quale sia esclusiva della competenza di altri organi giurisdizionali; e ciò, nella misura nella quale la qualificazione suddetta sia esclusiva di qualificazioni diverse della medesima situazione. Sopra si è visto che una medesima posizione sostanziale può atteggiarsi in modi diversi: ma tale sua ambivalenza non toglie che, una volta scelta una sua particolare configurazione, questa sia esclusiva di ogni altra configurazione della posizione stessa, sia pure solo dal suo punto di vista, sia pure solo sul piano logico e non anche su quello cronologico; ed è appena il caso di aggiungere che anche la qualificazione di tale singola configurazione è a sua volta del tutto esclusiva di ogni altra qualificazione di quella configurazione medesima. In tal modo, è stato possibile risolvere in termini di relatività delle situazioni giuridiche soggettive, quei casi che si sono considerati, veri o presunti che siano, di apparente concorrenza di due giurisdizioni; secondo l'ordine di idee che si propone, d'altra parte, la risoluzione in tal senso del problema, viene ad acquistare il sapore della rimozione di un ostacolo che impediva l'accoglimento di quel che pareva altrimenti evidente: ossia, dell'assioma prima enunciato. Sembra che possa essere considerato qualcosa di più consistente di una ragionevole supposizione, quindi, la conseguente affermazione che l'esclusione della concorrenza di due giurisdizioni, costituisca tratto inevitabilmente derivante dalla logica interna di ogni sistema di riparto di giurisdizioni, che sia fondato sulla diversità delle situazioni giuridiche sostanziali che vengano dedotte in giudizio.

Il rilievo che precede, sembrerebbe profilare una sorta di ulteriore condizionamento della tesi che si cerca di sostenere, alla circostanza che il riparto tra le due giurisdizioni avvenga sulla

base di una diversità della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio; il rilievo stesso, allora, parrebbe aprire un corrispondente varco, un corrispondente angolo visuale, dal quale criticare l'affermazione della impossibilità di una concorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo, con quella del giudice ordinario; e la residua possibilità in tal senso, sembrerebbe che potesse fondarsi, appunto, sulle note, ricorrenti dispute sul valore da attribuire, sotto il profilo che si considera, rispettivamente alla c.d. *causa petendi*, e al c.d. *petitum*, nonché sulle suggestioni, anche recenti ⁽³²⁾, nel senso di impostare la discriminazione tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, sulla base della diversità della domanda rivolta al giudice ⁽³³⁾. In ordine ad una critica del genere, sarebbe facile troncare il discorso con

⁽³²⁾ Cfr. MIELE, *Passato e presente nella giustizia amministrativa*, cit., pag. 20; GIANNINI, *Discorso generale*, cit., specialmente pag. 74 e ss.

⁽³³⁾ E qui si deve ricordare il problema dell'interpretazione della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali. Si ritiene generalmente che il legislatore non sia stato influenzato da suggestioni nel senso ricordato nel testo (cfr., però, F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa nella legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Il dir. pubbl. della regione*, 1972, pagg. 76 e ss.); ma, ciò nonostante, è stato sostenuto che tale legge, nella sua pur se oscura e infelice formulazione oggettiva, avrebbe comunque portato ad un superamento della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, o quanto meno della sua rilevanza ai fini della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, in particolare ammettendo che a quei tribunali si possa chiedere l'annullamento di un atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo: è la nota tesi di CANNADA BARTOLI (« *Diritti e interessi* » nell'art. 4 della legge sui tribunali amministrativi regionali e i limiti della giurisdizione amministrativa, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1970 e ss.), e, con argomentazioni e sviluppi propri, di F. SATTA (*op. loc. ult. cit.*, pagg. 61 e ss., e specialmente pagg. 73 e ss.).

Ove la legge in parola venisse interpretata in tal senso, si porrebbe il problema della sua costituzionalità, come già adombrava MIELE (*La giustizia amministrativa*, cit., pag. 37), ipotizzando una riforma legislativa del genere (per la superabilità di questo problema, cfr. peraltro F. SATTA, *op. loc. ult. cit.*, pag. 76).

Peraltro, si moltiplicano le voci che non fanno alla legge considerata il credito di una così ampia portata innovativa, rimanendo in tal modo legate all'impostazione tradizionale presupposta nel presente lavoro: cfr. SANDULLI, *I tribunali amministrativi regionali*, Napoli 1972, pagg. 36 e ss.; NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1822 e ss.; BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, *ibid.*, pag. 1894. Sul punto, cfr. anche GIANNINI-NIGRO, *Tribunali amministrativi regionali*, in *Temì romana*, 1972, 11.

osservazione che essa, anche qui però solo in apparenza, sembrerebbe mutare radicalmente le basi sulle quali si svolge tutto il presente lavoro; le basi, cioè, per le quali il riparto tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria, dovrebbe essere impostato in termini di distinzione della situazione giuridica del litigante in giudizio; le basi, infine, la cui necessità di accoglimento dovrebbe insita nello stesso tipo di ragionamento che si svolge, e sulla quale si dirà comunque in seguito ⁽³⁴⁾.

Ma pur non rinunciando ad una replica del genere, e alla sua efficacia definitiva, non si vuole neppure rinunciare a saggiare la validità intrinseca dello spunto critico sopra supposto. Si osserverà, allora, che se si impostasse il problema del riparto tra le due giurisdizioni in relazione alla diversità della domanda formulata dal privato, solo in apparenza tale diversità non si ricolleggerebbe alla distinzione della c.d. *causa petendi* posta alla base della domanda stessa. Certo, sotto un profilo, se si vuole quello principale, tale *causa petendi* non muterebbe: essa comprenderebbe in ogni caso la illegalità commessa dall'Amministrazione; ma, sotto un diverso aspetto, anch'esso di importanza fondamentale, la *causa petendi* stessa risulterebbe modificata, e non di poco, in dipendenza dell'alternativa che si può concretamente formulare: ossia, secondo che il cittadino agisca per il risarcimento del danno arrecatogli dall'atto amministrativo, oppure chieda l'annullamento di questo. Nella prima ipotesi, infatti, egli sosterebbe la sua domanda col riferimento al diritto di credito, che assumerebbe essere stato costituito dalla illegalità dell'Amministrazione; nella seconda ipotesi, viceversa, egli alleggerebbe un elemento diverso, che dovrebbe essere anche a sua volta diversamente formulato, in dipendenza di una ulteriore alternativa: ossia, secondo quale sia la concezione del processo costitutivo di annullamento, che si intenda accogliere. Come si sa, la dottrina sull'argomento è profondamente divisa: tenendo conto della relativa differenza di opinioni, si dirà che se si ritenesse che l'oggetto del

⁽³⁴⁾ Cfr. *infra*, al paragrafo n. 9.

giudizio, in un processo di tale tipo, sia costituito dal diritto potestativo dell'attore a ottenere l'annullamento dell'atto, evidentemente si dovrebbe concludere nel senso che il cittadino, nell'ipotesi che ora si esamina, sosterebbe la domanda mediante il riferimento a quel diritto stesso ⁽³⁵⁾; se si preferisse la tesi, viceversa, secondo la quale l'oggetto del giudizio, sempre in un processo costitutivo di annullamento, sarebbe costituito dalla situazione giuridica da mutare, e dalle cause che hanno portato alla sua formazione, ovviamente si dovrebbe trarre la conseguenza che il cittadino, ugualmente nell'ipotesi in parola, fonderebbe la sua richiesta di annullamento dell'atto amministrativo, deducendo la illegittimità di questo ⁽³⁶⁾.

L'adozione del *petitum* come esclusivo criterio di riparto della competenza tra le due giurisdizioni, a prima vista sembrerebbe risolvere un problema prettamente processuale; esso, però, a ben guardare, inciderebbe anzitutto e maggiormente sul piano sostanziale, perché implicherebbe costruzioni del rapporto, appunto sostanziale, tra l'Amministrazione e privato, notevolmente diverse da quelle comunemente accettate; da questo punto di vista, il discorso che si deve svolgere al riguardo ricorda per certi aspetti quello accennato a proposito delle due teorie sopra esaminate, anche se la diversità di atteggiarsi delle situazioni giuri-

⁽³⁵⁾ Cfr. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., vol. II, pagg. 151 e ss., 169 e ss., 198 e ss.; questo autore nega che l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, possa essere un potere della parte a attuare l'annullamento, un potere che sia almeno inteso come una situazione giuridica soggettiva; peraltro, egli nota che in tale processo l'oggetto del giudizio è costituito dal rapporto modificato; d'altra parte, cfr. di questo medesimo autore la costruzione dell'interesse legittimo come un potere ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo, e che nasce in conseguenza della lesione di una precedente situazione del privato costituita dall'interesse protetto: *ibid.*, pag. 225 e ss. Sulla tesi del PIRAS, cfr. i rilievi di GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 45 e ss.

⁽³⁶⁾ Per questa costruzione del processo amministrativo, cfr. la nostra *Pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., pagg. 230 e ss., 245 e ss., 259 e ss.; v. anche, *ivi*, l'indicazione delle ragioni per le quali non è parsa accettabile la tesi che, nel processo costitutivo di annullamento, l'oggetto del giudizio sia costituito da un diritto potestativo del privato in tal senso.

diche sostanziali si manifesta secondo linee differenti. Affermare che la competenza giurisdizionale conseguirebbe dal contenuto della domanda, infatti, pare presupporre che l'illegalità commessa dall'Amministrazione produca sempre un doppio ordine di conseguenze: la risarcibilità del danno e l'annullabilità dell'atto; ammettere che si possa chiedere al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo, null'altro postula che tale annullabilità per così dire diretta di quell'atto, derivi come effetto della sua illiceità, non meno che della sua illegittimità; e ammettere che si possa chiedere al giudice ordinario il risarcimento del danno prodotto da un atto amministrativo lesivo di un interesse legittimo, null'altro postula che un danno che sia risarcibile derivi da quell'atto, come effetto della sua illegittimità, non meno che della sua illiceità. È vero che questa diversa ricostruzione del rapporto sostanziale, verrebbe acquisita mediante la cancellazione della distinzione tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, nella sua essenza, o quanto meno nella sua rilevanza in ordine alla determinazione del giudice competente; e che in questo ordine di idee, perderebbe significato la distinzione stessa tra illiceità e illegittimità dell'atto, e ogni discorso che su essa fosse basato; ma non è meno vero che l'accettazione della tesi della incidenza esclusiva del *petitum*, quali che siano gli schemi logici attraverso i quali essa venisse profilata, comporterebbe soprattutto quel mutamento di disciplina del rapporto sostanziale che si è indicato, rispetto a quanto presupposto dall'orientamento oggi dominante, anche se non senza contestazioni.

Con tali rilievi, non si vuole certo arrivare a sostenere che, ove fossero accolte le suggestioni prima ricordate, a favore del valore condizionante del *petitum*, nulla cambierebbe rispetto al modo nel quale la regola del riparto tra le due giurisdizioni è attualmente intesa. Solo, si vuol notare che nulla cambierebbe dal punto di vista che qui importa, almeno sul piano dei principi; alla base del problema, infatti, vi sarebbe pur sempre una duplicità di situazioni giuridiche sostanziali, o quanto meno una

duplicità di configurazioni di una medesima posizione soggettiva sostanziale; il titolare avrebbe pur sempre la scelta della situazione, o della configurazione da dedursi in giudizio; ma la determinazione della giurisdizione dell'un giudice conseguirebbe dalla situazione o dalla configurazione dedotta in modo del tutto rigido, ed esclusivo della giurisdizione dell'altro giudice; in altre parole, la soluzione del problema verrebbe ricondotta nell'ambito di una sequenza logica, il cui svolgimento è già stato in precedenza analizzato. Anche se si volesse partire dall'ipotesi che il c.d. *petitum* condizioni la competenza giurisdizionale, si dovrebbe comunque concludere nel senso che mai vi sarebbe una concorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in ordine ad una stessa situazione giuridica, che sia compresa nella giurisdizione del giudice ordinario.

Questa medesima conclusione pare che possa essere raggiunta anche sviluppando un diverso ragionamento, che pur essendo tecnicamente meno preciso, non sembra riuscire per questo meno probante; ragionamento, che d'altra parte è più direttamente connesso con l'impostazione del presente lavoro. Il discorso deve ripartire dalle cause che si sono sopra ricordate, le quali portarono al completamento del sistema delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo; si osserverà, allora, che se la quarta Sezione del Consiglio di Stato, come è incontestabile, fu istituita soprattutto per sottoporre a sindacato, amministrativo o giurisdizionale che fosse, materie che sfuggivano, e sfuggono, alla giurisdizione del giudice ordinario, ciò comporta una precisa conseguenza: ossia, che è parimenti incontestabile che è in tale ambito che deve essere definita la competenza più tipica, e quindi la funzione più qualificante, dell'organo di nuova istituzione. Da questo punto di vista, la conclusione che si cerca di fondare pare che potrebbe essere messa in discussione solo sulla base di un unico presupposto: solo se si arrivasse a negare, cioè, che quella giurisdizione del Consiglio di Stato, che eventualmente si ritenesse sussistere in concorrenza con quella del giudice ordi-

nario, fosse in un certo senso secondaria, e comunque scarsamente caratterizzante la giurisdizione amministrativa; ipotesi, questa, la quale, tenuto conto nel modo nel quale gli istituti della giustizia amministrativa si sono storicamente sviluppati in Italia, parrebbe davvero di difficile accoglimento.

Si ammette senz'altro che, partendo da questo secondo ragionamento, la conclusione della impossibilità della concorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo, con quella dei tribunali civili, pur non apparendo meno certa, verrebbe formulata in modo meno preciso. Ma, anzitutto, non si rinuncia al valore che si crede definitivo, della prima e più rigorosa serie di considerazioni; e, in ogni caso, anche la diversa formulazione ora accennata, sembra sufficiente fondamento per la prosecuzione del presente lavoro. Anche sulla sua sola base, infatti, pare potersi giustificare il rilievo prima accennato: ossia, che i limiti della giurisdizione amministrativa devono essere definitivi a partire dalla definizione dei limiti della giurisdizione ordinaria.

Cominciano adesso ad affiorare, in tal modo, quelle conseguenze sistematiche in ordine al problema della discriminazione tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, che si cerca di raggiungere, a partire dalla ricostruzione dei rapporti tra la legislazione del 1865 e quella del 1889; conseguenze, che paiono acquistare il significato di una correzione, anzi di una doppia correzione, da apportare all'impostazione che comunemente è data a quel problema medesimo.

La prima di tali correzioni è già stata sinteticamente anticipata; ora, peraltro, è possibile formularla in maniera più completa, e anzi introdurla in una più dettagliata prospettiva. Si può dire, allora, che normalmente il problema suddetto è impostato in termini di una diretta contrapposizione della giurisdizione del giudice, a quella dell'altro: ai due elementi viene data una importanza sostanzialmente pari, talché la linea di confine tra le due giurisdizioni è dedotta indifferentemente da argomenti tratti dal concetto di diritto soggettivo, e da argomenti tratti dal con-

cetto di interesse legittimo. Dallo sviluppo storico che si è sopra sommariamente richiamato, una conclusione si impone da sé: i due elementi suddetti non hanno affatto una rilevanza uguale; uno solo di essi, infatti, e precisamente la determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, giuoca il ruolo davvero essenziale: è sulla sua base, perciò, che deve essere precisata la giurisdizione del giudice amministrativo; il procedimento logico inverso si rivelerebbe essere assai pericoloso e malfido: esso, ponendo come premessa del discorso, quella giurisdizione del Consiglio di Stato, che viceversa può essere soltanto dedotta come risultato del ragionamento, si troverebbe esposto al rischio sempre incombente di cadere in una petizione di principio. Si cominciano in tal modo a intravedere le ragioni di un'altra osservazione già anticipata: il rilievo concernente la superfluità, in relazione al problema trattato, di quella nozione di interesse legittimo che invece è al centro della dottrina sull'argomento.

D'altronde, una volta acquisito il valore condizionante della determinazione della giurisdizione del giudice ordinario, è possibile spingersi ancora oltre, nella revisione della impostazione dominante del problema che si esamina: si può affermare, infatti, che pare insostenibile che la delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario, che il legislatore del 1865 ha ancorato al concetto di diritto soggettivo, debba e possa essere condotta in relazione, e anzi addirittura in contrappunto, con la giurisdizione di un organo istituito quasi un quarto di secolo dopo: è ovvio che la delimitazione in parola debba e possa essere tentata alla luce della situazione normativa creata dalla emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Ciò comporta anche una precisa trasposizione dogmatica: in questo ordine di idee, infatti, è evidente che il correlato di quel concetto di diritto soggettivo che determina i limiti della giurisdizione dei tribunali civili, non possa assolutamente essere costituito dal concetto di un'altra situazione giuridica soggettiva, che si atteggi eventualmente come l'oggetto della tutela giurisdizionale amministrativa e in quanto

si atteggi in tal modo; questo correlato non può essere altro che la nozione di quel che alla giurisdizione dei tribunali civili suddetti rimaneva allora, come rimane ora sottratto.

Con queste osservazioni non si cerca soltanto di chiarire ulteriormente il punto di vista dal quale sembra apparire superflua la nozione di interesse legittimo: qui si cerca soprattutto di far risaltare la inaccettabilità della corrente impostazione e della comune traduzione in « problema del riparto tra le due giurisdizioni », di quel che in realtà non può essere altro e solo che il « problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario ». Mediante tale rilievo non si vuol certo negare la possibilità di un confronto tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo; solo, si vuol notare che esso non può derivare da una diretta giustapposizione di questi due elementi, ma, al contrario, deve essere acquisito come il prodotto di un ragionamento, il quale, a sua volta, è costituito da due successivi e distinti passaggi logici: il primo di essi deve consistere, appunto, nella definizione di quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario; il secondo, poi, deve essere costituito da una valutazione dei limiti entro i quali questo ambito è stato ricompreso nella giurisdizione attribuita al giudice amministrativo. Si ammette senz'altro l'eventualità che il problema che si esamina possa venire di nuovo impostato in termini di diretto riparto tra le due giurisdizioni: ma ciò non potrebbe mai essere un presupposto dal quale partire, come si ritiene comunemente, ma solo un risultato da raggiungere; e tale risultato sarebbe raggiungibile solo ove si potesse pervenire alla conclusione che la formula attualmente consacrata nell'art. 26 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato oggi vigente, comprenda tutto quello che, in base alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, resta sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Questi ultimi rilievi lasciano intravedere chiaramente che non si potrebbe consentire in una obiezione che potrebbe essere

sviluppata, sulla base di una particolare interpretazione del significato della istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato: che potrebbe essere fondata, cioè, sull'affermazione che sarebbe stata la legge del 1889 ad avere operato quella modificazione dei termini del problema che si è sopra precisata: che sarebbe stata tale legge, ad avere sostituito sul piano storico, nella impostazione di esso, il fattore costituito dalla giurisdizione del nuovo organo, al precedente fattore, costituito da quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo aveva sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario; una tesi di questo genere, infatti, presupporrebbe in tutta evidenza che i due suddetti fattori siano equivalenti. Si ammette senz'altro che questa equivalenza sia postulata più o meno da tutta la dottrina, sostanzialmente, anche se di solito implicitamente concorde sul punto; ma è proprio sulla aprioristica asserzione di essa che non si saprebbe qui convenire; e, ad ogni modo, è proprio del suo valore, in ordine alla impostazione del problema trattato, che sembra di dover dubitare. L'asserzione stessa, infatti, non pare né indiscutibile, né definitiva dal punto di vista che qui interessa.

Non pare indiscutibile, non già perché si escluda in modo assoluto che tale equivalenza possa essere ritenuta: tutt'altro; si deve anzi dire che essa appare particolarmente accettabile, proprio a partire da una concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa; proprio a partire da un orientamento, cioè, che pur costituendo una delle soluzioni possibili del problema dell'oggetto del processo amministrativo che qui non viene considerato, pure trova nel corso del presente lavoro non trascurabili elementi a favore. Ma, in primo luogo, come si è sopra accennato, la tesi che oggetto della giurisdizione del Consiglio di Stato, e area sottratta alla giurisdizione del giudice ordinario dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo siano concetti coincidenti, non può mai essere presupposta, ma solo dimostrata: di questa dimostrazione, sembra che non possa non costituire un passaggio ineliminabile, la definizione della nozione alla quale si annette qui tanta

importanza; ossia, la delimitazione di quel che è sottratto alla giurisdizione dei tribunali civili; risulta chiaro, allora, che affermare senz'altro esistente l'equivalenza in parola, senza aver proceduto alla definizione suddetta, null'altro significa che cadere anche qui in una petizione di principio.

Petizione di principio, poi, che pare aver gravato pesantemente sulla evoluzione dogmatica dell'argomento: infatti, come si cercherà di dimostrare tra poco, se c'è un orientamento sulla cui base non è possibile ritenere esistente l'equivalenza che si esamina, esso è proprio quello che ha nettamente dominato la letteratura sul processo e addirittura la teoria generale del diritto amministrativo: l'orientamento, cioè, secondo il quale la giurisdizione amministrativa dovrebbe essere costruita in funzione della tutela di interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali; e, in genere, secondo il quale gli interessi legittimi così definiti sarebbero gli ovvi correlati dei diritti soggettivi tutelati dal giudice ordinario. Ove si consideri il peso e l'ampiezza che questa teorica ha avuto nella dottrina italiana, anche oltre quella specificamente interessata all'argomento, anche al di là di quella che tale opinione accetta, si ha immediata l'impressione della grande portata dello sfalsamento di prospettiva.

Si può senz'altro ammettere, comunque, che l'equivalenza in parola possa essere accolta, sia pure solo come il prodotto del ragionamento sopra puntualizzato, sia pure solo sulla base di un pertinente orientamento circa i caratteri della giurisdizione amministrativa; ma con tutto ciò, non sembra che l'affermazione di essa possa essere definitivamente ritenuta motivo sufficiente per l'adesione alla comune impostazione del problema: motivo sufficiente, cioè, perchè la determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario debba essere tentata in relazione alla giurisdizione del giudice amministrativo. È chiaro, infatti, che nella ricerca della definizione di un concetto, il quale sia per ipotesi contrapposto ad un altro, non solo, come si dirà meglio in seguito, l'analisi deve essere svolta col costante riferimento a tale contrappunto; ma

la formulazione del termine di confronto che deve essere scelta, è quella che sia in grado di offrire all'indagine maggiore aderenza alla realtà, più netto e profondo significato; in questo ordine di idee, non pare dubbio, allora, che la determinazione dei limiti che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha imposto alla giurisdizione del giudice ordinario, debba essere tentata all'interno del sistema della legge stessa; ossia nei confronti di quel che questa medesima legge a quella ha sottratto.

Ciò pare tanto più vero, in quanto l'introduzione nel ragionamento della giurisdizione del giudice amministrativo parrebbe comportare non solo uno sfasamento di prospettiva, ma anche un forte fattore di complicazione; con tale introduzione, infatti, si finirebbe con lo scaricare sul problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, e quindi, mediatamente e per la parte ad essi pertinente, sullo stesso problema dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, tutta la complessa e discussa problematica dell'oggetto e dei caratteri della giurisdizione amministrativa: questo è ciò che è puntualmente avvenuto nella evoluzione concettuale sul tema, come si cercherà di dimostrare; e questo non è certo l'ultimo dei motivi delle attuali incertezze dogmatiche sull'argomento.

Priorità logica assoluta del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, condizionamento da parte sua del problema dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, necessità di ricercare la sua soluzione nei confronti di quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha sottratto alla cognizione dei tribunali civili: questi gli aspetti salienti della impostazione che qui si propone; di quale entità siano le divergenze di essa da quella comunemente accolta dalla dottrina, pare già evidente; di quale e maggiore entità siano le divergenze tra le conseguenze che possono essere tratte, rispettivamente dall'una e dall'altra impostazione, si cercherà di dire nelle pagine seguenti.

4. *L'esigenza di definire, in via preliminare, le materie sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario dalla legge del 1865:*

l'impossibilità di definire tali materie in relazione a situazioni giuridiche soggettive del privato. — Questi, i motivi per i quali occorre acquisire al ragionamento, anzitutto, la definizione di quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario. È appena il caso di osservare, poi, che la ricerca sul punto va condotta tenendo conto del valore ormai chiarito del problema: la determinazione dei limiti della giurisdizione suddetta, non è un altro aspetto della determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo: almeno in questa fase del ragionamento, essa è in grado solo di fornire uno dei termini del problema, che a sua volta dovrebbe essere successivamente impostato, per arrivare a tale ultimo risultato; essa è in grado di delineare solo dall'esterno quell'area entro la quale il legislatore del 1889 ricavò la giurisdizione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, che poi deve essere a sua volta positivamente definita, affrontando questioni che rimangono estranee alle linee principali del presente lavoro.

Le prossime battute del discorso presenteranno, perciò, due distinti, seppur interferenti profili di rilevanza; da un lato, infatti, e questo è l'aspetto preminente, è necessario iniziare il tentativo di definire la nozione mediante la quale descrivere quel che sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario; dall'altro, lo sviluppo del ragionamento mostrerà indirettamente l'entità della sfasatura registrabile tra i risultati ai quali porta l'impostazione qui proposta, e quelli conseguenti dalla comune impostazione, che, ellitticamente, si dirà d'ora in avanti come quella del riparto diretto di giurisdizione tra i due giudici.

Gioverà enunciare subito le prime due proposizioni che occorre acquisire all'indagine; esse possono essere formulate nel senso che quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario, in primo luogo non può essere ricompreso nel contenuto dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale; e, in secondo luogo, non era né poteva essere

definito in termini di situazioni giuridiche distinte dal diritto soggettivo, ma pur sempre pertinenti a quei medesimi soggetti privati, sull'interesse dei quali interferisce l'azione amministrativa.

Quanto al primo punto, si osserverà, anzitutto, che dall'articolo 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo⁽³⁷⁾, non può trarsi nessun argomento, a favore di una ricomprensione nel contenuto dell'interesse legittimo, di quel che veniva sottratto al sindacato dei tribunali civili. Parrebbe, almeno a prima vista, che la contraria opinione potesse essere sostenuta, almeno a condizione di poter credere accettabili due distinti presupposti: a condizione, cioè, che, in primo luogo, si potesse ritenere che la norma indicata fornisca il fondamento per quei ricorsi amministrativi, sui quali poi si innesta il ricorso giurisdizionale (il che è già discutibile)⁽³⁸⁾; e che, in secondo luogo, si potesse definire l'oggetto di quei ricorsi medesimi, in relazione a interessi dei ricorrenti, soggettivizzabili come vere e proprie situazioni giuridiche sostanziali (il che parrebbe veramente azzardato). Ma sembra inutile indugiare sulla valutazione della solidità di ambedue queste proposizioni: seguendo altro ragionamento, appare più facile saggiare il valore della norma che si esamina.

Che quest'ultima sia sostanzialmente irrilevante, dall'angolo visuale che qui si considera, sembra risultare chiaramente soprattutto da un diverso profilo; e così si può spiegare una cir-

⁽³⁷⁾ Su questa norma, cfr., di recente, da un diverso punto di vista, le interessanti osservazioni di BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova 1970, pagg. 91 e ss.

⁽³⁸⁾ Sulla rilevanza dell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nella letteratura a noi più vicina, cfr. per tutti GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3^a ed., Padova 1954 (ristampa anastatica: 1957), pag. 104 e ss.; CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo*, etc., cit., pagg. 338, 339; BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, etc., cit. in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pagg. 253 e ss.; CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, pag. 93; GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova 1971, pagg. 33 e ss.

In giurisprudenza, v. Sez. VI, 23 aprile 1966, n. 408, *Foro amm.* 1966, I. 2, 718.

costanza altrimenti incomprensibile: come mai quella norma medesima, dall'angolo visuale considerato, non abbia mai destato l'attenzione della dottrina. La disposizione, infatti, pare avere avuto una portata normativa ben precisa: essa si limitò a devolvere alla competenza degli organi di amministrazione attiva, quella parte della competenza degli aboliti tribunali del vecchio contenzioso, la quale non veniva attribuita alla cognizione del giudice ordinario⁽³⁹⁾. Compiuto questo trasferimento, peraltro, si deve ritenere che si sia perduta l'individualità delle materie in tal modo devolute, le quali erano caratterizzate unicamente per la loro comune provenienza dalla competenza dei tribunali del vecchio contenzioso: esse, sembra, sono andate confuse nella generale sfera delle attribuzioni degli organi di amministrazione attiva⁽⁴⁰⁾; né si crede che la loro definizione come categoria unitaria abbia mai più potuto riacquistare in seguito una qualche rilevanza: quando, nel 1889, le attribuzioni della pubblica Amministrazione sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario, tornarono, in tutto o in parte, ad essere « giustiziabili », pare che la definizione della giurisdizione della quarta Sezione del Consiglio di Stato sia stata operata *ex novo*, in relazione a tali attribuzioni stesse; ossia, prescindendo da ogni collegamento con le materie che erano state considerate dall'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Sembra essere questione che ormai interessi veramente solo lo storico, e che non presenti nessuna rilevanza per lo studioso dei problemi attuali della giustizia amministrativa⁽⁴¹⁾, l'accertamento dei rapporti tra la giuri-

⁽³⁹⁾ Cfr., per una ricostruzione della portata della norma in esame, assai vicina alla tesi sostenuta nel testo, CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 50.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. le considerazioni del CAMMEO, sul problema se lo stesso art. 3 in esame, quale che sia la ricostruzione della sua portata normativa, si applichi a tutti gli atti amministrativi, secondo una corrente dottrinale, oppure solo a quelli che sarebbero ricaduti nella competenza del vecchio contenzioso, come sostenuto dal CAMMEO stesso (*Commentario*, cit., pag. 551 e ss.).

⁽⁴¹⁾ Almeno in generale, e salvo i riferimenti necessari nel quadro di particolari indagini: per un esempio di queste, cfr. ALONZO, *Natura e struttura del giudizio pensionistico davanti alla Corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, pagg. 1014 e ss.

sdizione odierna del giudice amministrativo e quella dei tribunali del vecchio contenzioso, che risultasse residua dopo la sottrazione « ... delle materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico »⁽⁴²⁾.

La constatata irrilevanza dal punto di vista che si considera dell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, pare qui giuocare nel seguente modo: la delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario che si voglia condurre all'interno del sistema di quella legge stessa, deve essere compiuta, ormai risulta chiaro, nei confronti di una entità che deve essere definita al di fuori di ogni aggancio con la norma citata; di una entità, quindi, che è generalizzata fino al punto da coincidere con l'insieme delle attribuzioni degli organi di amministrazione attiva. Non c'è dubbio, allora, che sia del tutto illusoria la possibilità di una definizione di essa, e quindi, di conseguenza e *a contrario*, della medesima giurisdizione dei tribunali civili, la quale sia tentata in relazione al contenuto di interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali di privati. Con questo non si vuole escludere, ovviamente, che l'amministrazione, nell'esercizio delle attribuzioni suddette, possa incidere su situazioni giuridiche del genere: anzi, se, in accordo con la dottrina dominante, si ammettesse la configurabilità di interessi legittimi come posizioni sostanziali del privato, essi, è evidente, dovrebbero venire delineati in correlazione all'esercizio di quelle attribuzioni dell'Amministrazione, e nell'ambito della loro sfera di disponibilità; ma se un simile nesso apparirebbe essenziale dal punto di vista dell'interesse legittimo, giacché esso non sarebbe definibile se non tenendo conto di tale collegamento, un discorso opposto andrebbe svolto dal punto di vista delle attribuzioni dell'Amministrazione: queste potrebbero presentare implicazioni con interessi legittimi del privato, ma non si vedrebbe come tali implicazioni potrebbero assurgere a loro elemento specifico, e soprattutto potrebbero essere considerate come generalizzate nei confronti

⁽⁴²⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Bilancio*, etc., cit., pag. 1623.

delle loro manifestazioni. In parole più semplici: ogni interesse legittimo si ricollega ad un aspetto di una attribuzione amministrativa, ma in tutta evidenza non ogni aspetto di ogni attribuzione amministrativa si ricollega ad un interesse legittimo. Da ciò una conseguenza si impone: la sfera delle attribuzioni dell'Amministrazione, almeno dal punto di vista che qui rileva, non può essere definita dal nesso con posizioni sostanziali private, né nel suo complesso, né in un singolo settore la cui enucleazione risulti qui significativa.

Si può quindi comprendere perché la dottrina contemporanea, o di poco successiva alla legge del 1865 e anche a quella del 1889, dasse tanto rilievo, in ordine alla definizione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, alla contrapposizione tra diritti soggettivi e interessi, intesa, però, in un senso peculiare: ossia, non attribuendo a questa seconda espressione il significato di situazione giuridica sostanziale proprio della prima, ma, anzi, piuttosto escludendo un nesso di essa con la problematica delle posizioni giuridiche del soggetto ⁽⁴³⁾. In altre parole,

(43) In questo senso, cfr. soprattutto, con particolare chiarezza, TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova 1937, pagg. 15 e ss.; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 44 e ss.; questi autori notano come nella legge del 1865 (come anche in quella del 1889), le norme si riferissero a posizioni del privato, indicate col solo sostantivo di « interessi »; l'aggiunta dell'aggettivo di « legittimità » è di origine dottrina, e si è generalizzato contemporaneamente alla diffusione dell'attribuzione alle posizioni in questione del carattere di situazione giuridica sostanziale, significando, almeno tendenzialmente, proprio questo. È da ricordare, d'altronde, che, sempre secondo l'autore ora citato, tale attribuzione sarebbe conseguita alla concessione a quelle posizioni medesime della tutela giurisdizionale, con l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato (*op. loc. ult. cit.*): naturalmente (e cronologicamente ciò pare accettabile), la consapevolezza di questo mutamento di natura si sarebbe potuta diffondere solo gradualmente, e successivamente a tale evento. Cfr. anche, *infra*, pag. 85, e nota 83.

Nella dottrina meno recente, v., nel senso del testo, tra gli altri: MEUCCI, *Il principio organico*, cit., pag. 11 e ss.; cfr. anche VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., pag. 448 e ss.; CAMMEO, *Commentario*, cit., pag. 428 e ss.; cfr. anche le considerazioni di DE MURTAS-ZICHINA, *La giustizia amministrativa*, cit., pagg. 19 e ss.

Una posizione analoga si deve individuare alla base della dottrina che, specie ai fini di negare il carattere giurisdizionale della funzione esplicata dalla quarta Se-

la citata contrapposizione tra diritti soggettivi e interessi veniva intesa come la contrapposizione tra situazioni soggettive giuridiche e situazioni di mero fatto: sotto questo profilo, pare che si debba confermare la validità dell'orientamento richiamato, anche se, secondo esso, la contrapposizione suddetta sia stata condotta da un punto di vista assai vicino all'impostazione che si critica; all'impostazione, cioè, in base alla quale la delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario, e, in genere, la discriminazione tra la giurisdizione civile e quella amministrativa, dovrebbero ricalcare la distinzione tra due diverse posizioni pur sempre appartenenti, però, ad un medesimo soggetto: da questo aspetto, importerebbe poco che tali posizioni siano giuridiche o di fatto.

I motivi che si sono adottati paiono già costituire un fondamento sufficiente dell'affermazione della impossibilità di definire *a contrario* i limiti della giurisdizione del giudice ordinario in relazione a interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali del privato diverse dai diritti soggettivi. Ma questa tesi pare uscire ulteriormente rafforzata, e soprattutto pare acquistare un valore più profondo, ove venga ricollegata alla seconda delle proposizioni enunciate al principio di questo para-

zione del Consiglio di Stato, metteva in risalto che tale organo non giudicava su diritti soggettivi: si deve ricordare, infatti, che, all'epoca, questa nozione ricomprendeva tendenzialmente tutte le situazioni giuridiche soggettive favorevoli e attive: cfr., in proposito, *infra*, nel testo; per la posizione suddetta, con particolare riferimento all'angolo visuale che qui rileva, cfr. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 665 e ss., 718 e ss., 730 e ss.; SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali*, cit., pag. 550 e ss.; PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 504 e ss., 509 e ss.

Nella dottrina più recente, sono sintomatici, sempre dall'angolo visuale suddetto, i rilievi del MIELE, sulla difficoltà che, all'inizio della evoluzione concettuale, ostacolarono la configurazione dell'interesse legittimo come situazione distinta dal diritto soggettivo (*La giustizia amministrativa*, cit., pag. 9): pare che tali difficoltà non riuscirebbero comprensibili, se non venissero riferite alla configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva; cfr. anche, di questo autore, *op. loc. ult. cit.*, pag. 4 e ss.

In senso contrario, e criticamente rispetto alla tesi del TOSATO e del CANNADA BARTOLI sopra riportate, v. DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pag. 37 e nota 56.

grafo: alla negazione *in radice*, cioè, della possibilità di istituire un nesso, nel quadro concettuale esistente all'epoca dell'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, tra i limiti della giurisdizione del giudice ordinario e situazioni giuridiche dei privati diverse dal diritto soggettivo. È appena il caso di osservare, inoltre, che, alla luce di questa osservazione, si colora di un significato particolare la stessa posizione dottrinale da ultimo richiamata, sulla contrapposizione tra diritti e interessi intesa come contrapposizione tra situazioni soggettive di fatto e situazioni soggettive di diritto.

D'altronde, anche le ragioni che paiono sostenere pure questa seconda proposizione sembrano di notevole peso. Non bisogna dimenticare, infatti, che è posteriore, e di molto, alla emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, lo sviluppo della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, così come oggi la conosciamo: della teoria, cioè, in base alla quale è possibile articolare variamente le diverse posizioni che dalla norma discendono per il soggetto, tanto dal punto di vista passivo, quanto, e soprattutto, da quello attivo⁽⁴⁴⁾.

La moltiplicazione delle figure soggettive è un fenomeno assai più recente della legislazione che si commenta; alcuni filoni di ricerca, è vero, hanno radici più lontane, e rilevanza più marcata: tipica, a questo proposito, l'enucleazione e lo sviluppo della nozione di potere giuridico⁽⁴⁵⁾. Ma, nel loro complesso, i tentativi di articolazione delle varie posizioni soggettive, e delle varie relazioni e interferenze che possono correre tra di esse, paiono trovare il loro apice, almeno per la dottrina italiana, in una serie di lavori comparsi a cavallo della seconda guerra, e che appaiono non solo vicini cronologicamente tra di loro, ma anche, forse, tutti ugualmente « datati » per stile e per me-

⁽⁴⁴⁾ Sulla originaria onnicomprensività della nozione di diritto soggettivo, cfr. il richiamo della situazione dottrinale iniziale, e della sua evoluzione concettuale, che abbiamo avuto occasione di svolgere in un precedente lavoro: *Note in tema di decadenza*, cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pag. 204 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto, cfr., *infra*, al paragrafo 10.

todo di analisi⁽⁴⁶⁾. L'evoluzione richiamata non rileva qui solo per il suo aspetto temporale: è assai importante, anche, che la definizione delle numerose situazioni giuridiche, principali e secondarie, almeno di quelle attive, che sono il frutto di questa vicenda dottrinale, appaia tutta o quasi operata in un ambito che in precedenza era ricompreso nella nozione di diritto soggettivo: data la onnicomprensività di questo concetto, nella sua formulazione di un secolo fa⁽⁴⁷⁾, non si vede come allora potesse residuare un margine di interessi soggettivabili come situazioni giuridiche sostanziali, mediante schemi diversi; o, se si preferisce, non si vede come potessero residuare schemi diversi di soggettivizzazione di interessi come situazioni giuridiche sostanziali.

Con questo rilievo non si vuole certo negare in via generale l'utilità che può presentare l'impiego di dogmatiche di più recente conio per l'interpretazione di norme cronologicamente anteriori. Solo, si deve ricordare che, nel nostro caso, questa utilità è già stata esclusa in partenza: si è già affermato che la comprensione dei problemi che rendono così incerta oggi la materia della giurisdizione e della giustizia amministrativa passa necessariamente attraverso la ricostruzione del significato delle vecchie disposizioni il quale sia colto nel quadro non solo della

⁽⁴⁶⁾ Si allude alla serie di lavori, che pare essere stata iniziata dalla produzione triestina del BARBERO, *Il diritto soggettivo*, pubblicata in *Foro it.*, 1939, IV, 1 e ss.; in polemica con questo scritto, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, pag. 1 e ss., e, in replica, cfr. ancora BARBERO, *Guerra e pace tra l'« interno » e l'« esterno » del diritto soggettivo*, *ibid.*, pag. 326 e ss. Negli anni della guerra, poi, comparvero le due più ampie monografie del NATOLI (*Il diritto soggettivo*, Milano, 1943), e dello SPERDUTI (*Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano 1944); cfr., inoltre, lo scritto del GUARINO (*Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pag. 238 e ss.). Se anche si potesse attribuire una certa specificità a questo gruppo di lavori, peraltro, essi sono comunque legati assai strettamente con la precedente letteratura tra le due guerre, che ha analizzato la materia soprattutto dal punto di vista del potere giuridico: cfr., *infra*, ai paragrafi 10 e 11.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. sul punto, quanto avemmo già occasione di osservare in *Note in tema di decadenza*, cit., pag. 202 e ss.

situazione legislativa, ma anche di quella concettuale della loro epoca ⁽⁴⁸⁾.

5. *La necessità di definire in termini omogenei quel che è compreso nella giurisdizione del giudice ordinario, e quel che a tale giurisdizione sfugge; la base per la ricerca di tali termini omogenei è offerta dalla nozione dell'atto amministrativo, che è al centro del sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, strutturato in funzione di tutela di posizioni private nei confronti di esso; la tutela giurisdizionale e la illegalità dell'atto amministrativo.* — Queste, dunque, le ragioni per le quali pare che si debba escludere che quella nozione di diritto soggettivo del privato alla quale la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha ancorato la giurisdizione del giudice ordinario, possa essere definita in contrappunto con la nozione di interesse legittimo, parimenti del cittadino; queste, dunque, le ragioni per le quali sembra anche che la nozione di diritto soggettivo del privato suddetta non possa essere profilata, in genere, nei confronti di una situazione giuridica di diverso tipo, ma pur sempre pertinente al medesimo soggetto. Pare ormai chiaro, perciò, che occorre uscire dalla angusta impostazione tradizionale, e che il correlato della posizione del privato, considerata dal legislatore del 1865, il corrispondente limite della giurisdizione dei tribunali civili, debbano essere ricercati in una prospettiva ben più ampia: in una prospettiva, ormai è intuitivo, che trascenda l'angolo visuale delle posizioni di uno solo dei soggetti del rapporto amministrativo.

D'altra parte, la conclusione che precede sembra comportare qualcosa di più dell'abbandono della principale e più battuta direttrice d'indagine: è l'intero piano sul quale si muove il ragionamento, che pare che debba essere sostituito.

In tutta evidenza, infatti, non può essere ritenuta soddisfacente una definizione dei limiti della giurisdizione del giudice

⁽⁴⁸⁾ Cfr., *supra*, al paragrafo 1.

ordinario, e della nozione di diritto soggettivo che li determina, la quale sia tracciata esclusivamente in modo autonomo: prescindendo cioè già in sede ricostruttiva, o al minimo in quella di verifica, da un confronto con quel che a tale giurisdizione sfugge, con quel che a tale nozione di diritto soggettivo si contrappone; si può aggiungere, anzi, che le definizioni di questo e di quella che si intendano proporre, solo nell'ambito del contrappunto nel quale vanno inevitabilmente inquadrare possono acquistare sapore e significato; è da questo punto di vista, perciò, che si viene a individuare con maggiore chiarezza la necessità che pure in precedenza si era già rilevata, di una precisazione di quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha sottratto alla cognizione del giudice ordinario, e di quella situazione giuridica che di questo risvolto processuale costituisce l'essenziale presupposto sostanziale.

Questa esigenza di paragone, per la verità, è stata sempre assai sentita dalla dottrina, sia pure nel quadro della abituale sua prospettiva, la cui ristrettezza si è sopra notata: i tentativi di delineare le figure del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, infatti, sono stati sempre condotti precisando i caratteri dell'una figura, in funzione di una sua differenziazione dai caratteri dell'altra; e più questa differenziazione si rivelava essere problematica e sfuggente, più venivano accentuati quegli aspetti delle due situazioni giuridiche indicate, sotto i quali si tentava di arrivare ad una loro distinzione reciproca. Se un rilievo nei confronti dei caratteri della elaborazione dogmatica della materia dovesse essere qui fatto, esso parrebbe addirittura dover essere nel senso che l'accennata esigenza di distinzione ha portato ad una specie di esasperazione della impostazione adottata: ci si può chiedere in quale misura la dottrina abbia effettivamente affrontato questioni diverse da quella relativa al modo nel quale l'interesse legittimo si distingua dal diritto soggettivo. Una simile distorsione di prospettiva non è rimasta certo priva di effetti: in primo luogo, sembra che debba essere considerata

l'ovvia conseguenza di questo stato di cose la notevole mancanza di approfondimento che ancor oggi si registra in ordine a numerosi aspetti delle due figure dogmatiche delle quali si discorre; aspetti, la cui considerazione è ciò non di meno indispensabile per arrivare ad una definizione delle due figure suddette la quale sia tendenzialmente completa, e non si limiti ad essere di mera differenziazione reciproca. Ma, soprattutto, la distorsione indicata pare costituire una causa, e non delle ultime, di un ben più grave sfasamento concettuale: della netta mancanza di collegamenti, cioè, che col passare dei decenni si è fatta sempre più profonda e percepibile, tra gli sforzi di precisazione dei contorni delle due situazioni giuridiche in parola i quali sono compiuti in funzione della delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario, e quel che pure di tali ricerche avrebbe dovuto essere il più naturale elemento di riferimento: l'evoluzione del concetto di diritto soggettivo in sede di teoria generale del diritto⁽⁴⁹⁾, nel quadro di un filone di pensiero gloriosamente sviluppato dalla pandettistica⁽⁵⁰⁾.

Se l'esigenza di paragone suddetta, dunque, è stata tanto generalmente avvertita, meno comunemente, viceversa, è stata posta in risalto in maniera esplicita una imprescindibile e pur ovvia necessità logica di base: meno comunemente è stato osservato, cioè, che l'impostazione della contrapposizione che in tal modo deve venire delineata, postula che i due termini di essa vengano definiti in maniera reciprocamente omogenea. Né questa esigenza di omogeneità vale solo nell'ambito ristretto che si è ora indicato; si deve ricordare, infatti, che il ragionamento che si

(49) Per uno dei pochi esempi di tentativi consapevoli, di gettare un ponte tra la problematica propria del diritto amministrativo, e la evoluzione del concetto di diritto soggettivo, sul piano della teoria generale del diritto, cfr. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pag. 309 e ss.

(50) Tanto che in uno dei più significativi scritti sull'argomento, affiora chiaramente la distinzione tra il problema impostato in termini generali, e quello impostato, viceversa, nella prospettiva della ripartizione di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 335).

cerca di svolgere, deve tenere conto del rilevato carattere di esclusività delle alternative di soluzioni che sono in giuoco: della alternativa della giurisdizione del giudice ordinario, rispetto a quella del difetto di giurisdizione di esso, o, se si preferisce, rispetto a quella della giurisdizione del giudice amministrativo; in questo ordine di idee, infatti, è del tutto evidente che quel che è compreso nella giurisdizione del giudice ordinario e quel che a tale giurisdizione sfugge, non possano non atteggiarsi che come parti di una nozione unitaria che l'uno e l'altro ricomprenda: è solo nei confronti di questa nozione unitaria che può essere imposta in modo logicamente corretto l'alternativa di soluzione che si è indicata; è solo nei confronti di essa che effettivamente questa alternativa di soluzione è stata considerata generalmente dalla dottrina, anche se i passaggi essenziali di questo pur inevitabile iter logico non siano stati normalmente posti in risalto. Ora, è appena il caso di sottolineare che anche questa nozione unitaria deve essere a sua volta definita in termini che siano omogenei, rispetto a quelli che siano stati utilizzati nella impostazione della contrapposizione di partenza.

Benché di solito inconsapevolmente, la contrapposizione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo risponde in pieno alle esigenze di omogeneità suddette: l'uno e l'altro, infatti, sono definiti sullo stesso piano, ambedue come situazioni giuridiche sostanziali del privato nei confronti dell'Amministrazione; l'uno e l'altro, inoltre, possono essere considerati elementi di una nozione unitaria che li ricomprenda, in loro rapporto omogenea, generalmente sottaciuta, ma necessariamente e trasparentemente postulata: la nozione, appunto, costituita dall'insieme delle posizioni di vantaggio tutelate come situazioni giuridiche sostanziali, che il privato può vantare nei confronti dell'Amministrazione; secondo l'orientamento dominante in dottrina, è in ordine ad essa, e sul presupposto di una corrispondente sua divisione in due parti, che viene pertinentemente impostato in modo alternativo il problema del riparto di giurisdizione tra i due giu-

dici. D'altro canto, è appena il caso di sottolineare solo incidentalmente il significato che si deve attribuire all'adozione del complesso delle situazioni giuridicamente tutelate del privato, come contenuto del concetto posto alla base del sistema di giustizia amministrativa: risulta evidente, infatti, in quale larga misura una simile impostazione corrisponda alla concezione di fondo generalmente diffusa di tale sistema, secondo la quale esso è visto in funzione di tutela di quelle situazioni medesime; e ciò anche ben oltre quanto sarebbe richiesto da una adeguata considerazione delle motivazioni storiche di carattere liberale e garantistico della legge del 1865, e di quella del 1889, che si vedranno tra breve.

Proprio sul fondamento dell'abbozzo ora accennato della situazione concettuale che si è richiamata, dovrebbe risultare adesso più chiara la portata della conseguenza che si è enunciata all'inizio di questo paragrafo: se il contrappunto del diritto soggettivo del privato deve essere ricercato in una prospettiva diversa e più ampia di quella delle situazioni giuridiche sostanziali che tale soggetto può vantare nei confronti dell'Amministrazione, evidentemente deve essere ricostruita una base di ragionamento differente, la quale sostituisca il quadro complessivo delle situazioni giuridiche suddette, svolgendo nel discorso il ruolo comunemente a questo attribuito.

Un primo spunto per la ricostruzione di questa base sembra che possa venire offerto da alcune considerazioni che si è già avuta l'occasione di accennare, sia pure per esigenze e da un angolo visuale diverso: si era sopra ricordato che il legislatore del 1865 ha devoluto ai poteri decisori degli organi di amministrazione attiva quelle materie precedentemente di competenza degli aboliti tribunali del vecchio contenzioso, le quali non abbia potuto, o comunque non abbia ritenuto di affidare alla cognizione del giudice ordinario; si era allora osservato che, in tal modo, quelle materie si sono venute a confondere con l'insieme delle attribuzioni amministrative: è questo insieme, dunque, che

in un certo senso si è venuto a contrapporre alle materie comprese nella giurisdizione dei tribunali civili; ebbene, questi rilievi pare che possano essere adesso apprezzati come l'indicazione della direzione verso la quale ricercare la soluzione, e anzitutto l'impostazione stessa, del problema che si deve ora affrontare. Si può così intuire che la ricostruzione del piano concettuale sulla cui base tentare di delineare il contrappunto del diritto soggettivo del privato, non possa essere intrapresa se non tenendo il massimo conto anche delle attribuzioni e, in genere, dell'azione dell'Amministrazione.

D'altra parte, pare che un risultato identico dia anche una rilettura della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la quale sia svolta dopo aver abbandonato l'angolo visuale della rilevanza esclusiva delle situazioni giuridiche del privato. Una volta che siano state superate le suggestioni derivanti dall'orientamento tradizionale e dominante in dottrina, infatti, già al primo e più sommario degli esami della trama normativa non può non colpire con evidenza il ruolo centrale che nel sistema della legge suddetta giuoca un diverso elemento: l'atto amministrativo ⁽⁵¹⁾. In questo ordine di idee, lo sviluppo del ragionamento tende ad essere assai agevole e rapido: seguendo la direzione indicata, è infatti possibile fissare subito alcune proposizioni, la cui esattezza pare di tanta chiarezza da non richiedere sue dimostrazioni puntuali. È facile osservare, in primo luogo, che, nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, l'atto dell'Amministrazione non assume una rilevanza minore di quella del diritto soggettivo del privato. Specie nel paragrafo seguente, si cercherà di proseguire l'analisi dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario prendendo come elemento di riferimento l'azione amministrativa in quanto tale: da questo angolo visuale,

⁽⁵¹⁾ Sul concetto di atto amministrativo, ai fini della interpretazione degli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, v. MONTESANO, *Processo civile e pubblica Amministrazione*, Napoli s. a., pag. 37 e ss.; cfr. anche, per quanto da un diverso punto di vista, CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 30 e ss.

sembrerà possibile raggiungere alcuni primi e tutt'altro che irrilevanti risultati; successivamente, peraltro, si rivelerà con evidenza che l'atto suddetto, sempre nel sistema della legge della quale si discorre, acquista il suo più profondo significato in quanto venga apprezzato come la manifestazione di una posizione dell'Amministrazione: sulla base dell'anticipazione di questo dato, si può fin da ora tradurre l'osservazione precedente, relativa alla importanza dell'atto amministrativo, in un'altra che si riferisca alla posizione ora indicata: si dirà, allora, che questa, nel sistema della legge del 1865, assume una rilevanza non certo minore di quella del privato; e la notazione così formulata risulterà fin troppo ovvia, specie quando venga valutata anche da un diverso punto di vista: anche quando si tenga conto, cioè, che quella posizione medesima costituisce in definitiva la forma sotto la quale si rivela uno dei protagonisti, in un certo senso il maggiore, del rapporto amministrativo ⁽⁵²⁾. È indubbio, peraltro, che la posizione dell'Amministrazione e quella del privato siano state considerate dal legislatore di un secolo fa sotto due profili profondamente diversi: la posizione del privato, infatti, è stata definita direttamente come una situazione giuridica soggettiva: il diritto soggettivo; quella dell'Amministrazione, viceversa, è stata apprezzata mediante il riferimento all'azione esplicata da essa; la relazione dell'azione con la posizione dell'Amministrazione sarà approfondita in seguito; in questa fase del ragionamento è infatti sufficiente aver rilevato la particolarità dell'angolo visuale dal quale è stata considerata la posizione del soggetto pubblico, e la sua diversità da quello pertinente alla posizione del soggetto privato: è sufficiente avere rilevato questo elemento, e la conseguenza che da esso più immediatamente deriva: la circostanza per la quale il legislatore del 1865 ha colto la posizione dell'Am-

(52) Che l'amministrazione sia il soggetto in un certo senso maggiore del rapporto amministrativo, è dato incontestabile, e giustificabile anche nella ideologia liberale che è alla base della legislazione di unificazione dal 1865, e, in particolare, della soluzione della attribuzione alla giurisdizione ordinaria del sindacato sugli atti amministrativi incidenti sui diritti; per una recente, diversa giustificazione di questa diversità di rilievo, cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 272 e ss.

ministrazione dal punto di vista dell'azione da questa esplicata, non può non significare che, nella previsione legislativa, il soggetto pubblico rilevasse principalmente, appunto, sotto il profilo dinamico. In una indagine volta a ricostruire i limiti della giurisdizione del giudice ordinario in una prospettiva interna alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ogni diretto riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo non risulta essenziale; ciò nondimeno, e al fine di una maggiore completezza del discorso, non pare superfluo un accenno che verte su quella materia: si può osservare, allora, che la formula con la quale è determinata la giurisdizione di quel giudice presenta, dal punto di vista che ora si considera, una singolare e significativa analogia con la formula relativa alla giurisdizione dei tribunali civili: anche in quel che attualmente è l'art. 26 del vigente testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, la giurisdizione di questo organo è definita in ordine ad una forma di manifestazione dell'Amministrazione, che è ugualmente quella della sua attività.

Evidentemente, l'affermazione del ruolo centrale che l'atto amministrativo pare svolgere nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, assume tanta importanza nello svolgimento dell'indagine, che essa, pur apparendo del tutto sicura, deve essere sostenuta da qualche sia anche sommaria considerazione; e ciò, tanto più che il discorso al riguardo deve essere iniziato con l'ammissione di un elemento contrario alla tesi sostenuta: si deve subito convenire, infatti, che a prima vista non sembra che la nozione di atto amministrativo domini la formulazione di quella che deve essere considerata la norma fondamentale per la determinazione della giurisdizione del giudice ordinario: l'art. 2 della legge del 1865 pone in primo piano solo la posizione di diritto soggettivo del protagonista privato del rapporto; il riferimento all'atto dell'Amministrazione è accennato solo alla fine della frase, e, per di più, è introdotto con un « ancorché », il quale parrebbe avere un preciso significato di sva-

lutazione dell'importanza di tale elemento ⁽⁵³⁾: parrebbe suggerire, cioè, un carattere di eventualità dell'ipotesi che la lesione del diritto soggettivo discenda dall'atto stesso. Si può facilmente replicare, però, che si tratta di un'apparenza la quale non deve ingannare: l'avverbio richiamato sottolinea quello che, come si sa, è l'aspetto innovatore più incisivo della legge abolitrice del contenzioso amministrativo ⁽⁵⁴⁾: la sottoposizione al sindacato dei tribunali civili del comportamento dell'Amministrazione, anche quando questa si presenta nella sua veste autoritaria e imperativa ⁽⁵⁵⁾; e se tale aspetto innovatore riguarda l'atto nel quale consiste l'esercizio dei poteri pubblicistici d'imperio, ebbene, è chiaramente questo atto medesimo che viene necessariamente ad assumere la massima rilevanza.

Di più: la legge del 1865 prevede esplicitamente una ipotesi nella cui determinazione l'atto amministrativo è collocato anche formalmente in quella posizione di preminenza che sostanzialmente gli spetta: è l'ipotesi nella quale l'atto amministrativo stesso leda un diritto soggettivo del privato; il caso si rivela essere quello di maggiore importanza pratica, e nel quale più vivacemente è avvertito il bisogno di tutela giurisdizionale: per tale motivo, esso è specificamente contemplato e regolato dal successivo art. 4, sia pure sotto un profilo e per effetti che qui non interessano. Senza dubbio, questa seconda disposizione non copre tutto l'ambito considerato dalla norma prima citata, che è quella fondamentale per la definizione dei limiti della giurisdizione del

⁽⁵³⁾ Cfr. BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pag. 177, il quale, peraltro sostanzialmente non lontano dalla linea di ragionamento del testo afferma che, nella prospettiva assunta dal legislatore del 1865, nella formulazione dell'art. 2 il provvedimento amministrativo è « esautorato »; dello stesso autore, v. anche la voce *Giustizia amministrativa*, cit., pag. 591.

Sul punto, v. le precisazioni di CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, cit., pag. 11.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. OTTAVIANO, *Potere dell'amministrazione*, etc., cit., pagg. 465 e ss., e, per il preciso collegamento tra l'art. 2 della legge del 1865 e il superamento irreversibile della teoria secondo la quale la giurisdizione ordinaria sarebbe limitata all'attività amministrativa c.d. di gestione, da ultimo, ANCELETTI, *Tutela del possesso e pubblica amministrazione*, Torino 1969, pag. 24.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. per tutti, da ultimo, ANDRIOLI, *Il bilancio*, etc., cit., pag. 1624.

giudice ordinario; ma è parimenti indubbio che essa, per le ragioni accennate, della materia disciplinata da tale più ampia norma, prevede il profilo più rilevante e significativo, e il modo di atteggiarsi dell'oggetto della controversia tra privato e Amministrazione, che è di gran lunga quello di più frequente manifestazione.

Al di là e in aggiunta ai rilievi puramente testuali, le considerazioni sistematiche paiono poi assolutamente univoche: anche se la giurisdizione del giudice ordinario è stata precisata dal legislatore con la formula relativamente anodina di « ... materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico... », la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nella sua genesi e nel suo significato storico, sembra acquistare una fisionomia ben più precisa: essa sembra essere stata strutturata in relazione all'ipotesi suddetta, in preminente funzione di garanzia delle posizioni del privato aventi consistenza di diritto soggettivo, in preminente funzione di tutela di queste preesistenti utilità dei singoli, nei confronti di una azione amministrativa illegale che su di esse incidesse ⁽⁵⁶⁾.

Che questo fosse l'aspetto saliente della legislazione del 1865, pare assolutamente indubbio, e ogni considerazione che si volesse svolgere al riguardo risulterebbe perciò del tutto superflua; solo, si deve osservare che, nella prospettiva aperta dalla considerazione che precede, viene ad acquistare un sapore particolare una notazione sopra svolta: quella relativa al carattere dinamico del profilo sotto il quale è stata colta dal legislatore di un secolo fa la posizione del soggetto pubblico: è chiaro che quel profilo dinamico, che sopra era stato riferito ad una azione amministrativa neutralmente apprezzata, adesso deve essere riportato ad una azione amministrativa particolarmente qualificata; ad una azione amministrativa, cioè, la quale, nel quadro delle varie relazioni che è possibile ipotizzare tra atto amministrativo e diritto soggettivo del privato, si concretasse, al-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. ancora le considerazioni di BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pagg. 174 e ss.

meno nella maggior parte dei casi, in quella specificamente prevista dall'art. 4 della legge della quale si discorre, e risultasse in tal modo lesiva di quel diritto soggettivo medesimo. D'altronde, non bisogna dimenticare che il presupposto sostanziale del sistema processuale delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, era quello di una Amministrazione la quale aveva molte più occasioni di venire a contatto con le sfere giuridiche dei privati nella veste di un soggetto che « prende », piuttosto che in quella di un soggetto che « dà »; quanto meno, molte più occasioni nelle quali ciò che essa poteva prendere era sentito più meritevole di tutela di quel che poteva dare: tutta la problematica relativa alla *Verwaltung als Leistungsträger* ^(56-bis) era chiaramente di là da venire, e di molto. In questo ordine di idee, si potrebbe rapidamente andare assai in avanti: si potrebbero facilmente accennare e ampliare le considerazioni relative al tipo di società nella quale la legge abolitrice del contenzioso amministrativo maturò; al tipo di interessi che si intese garantire con l'estensione della tutela giurisdizionale (e, da questo punto in vista, più ancora della pur già tanto significativa forma nella quale tale tutela si sviluppò,

^(56-bis) Si allude, evidentemente, al titolo dello scritto che FORSTHOFF pubblicò già nel 1938 (poi ripubblicato in *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart 1959), il quale, successivamente, riprese l'argomento, o temi connessi, sia nelle varie edizioni del suo *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, sia in altri lavori monografici: cfr., per esempio, la relazione *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 12, Berlin 1954, pagg. 8 e ss. (v. anche, *ivi*, pagg. 37 e ss., la relazione sul medesimo tema di Bachof) (pubblicata anche in *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart 1964); in lingua italiana, v. *La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pagg. 547 e ss.

Il tema, come si sa, è molto trattato nella letteratura tedesca: per brevità, si rinvia ai più recenti scritti in materia; le relazioni di MARTENS e di HÄBERLE, sui *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 30, Berlin 1972.

Nella letteratura italiana, cfr. POTOTSCHNIC, *I pubblici servizi*, *passim*; ma specialmente pagg. 11 e ss., e, in più puntuale relazione con i problemi della giustizia amministrativa, PIRAS, *Interesse legittimo*, etc., cit., II, pagg. 522 e ss.

sembra contare il fatto obbiettivo del suo ampliamento) ⁽⁵⁷⁾; al tipo di economia nel quale tali interessi si concretavano: e, per limitare il discorso a quest'ultimo punto, chiaramente assai meno impegnativo degli altri, si osserva che in una indagine del genere emergerebbe subito il quadro di una economia pre-industriale, pre-capitalistica, nella quale i valori immobiliari ⁽⁵⁸⁾, e quindi le esigenze della loro difesa, assumevano la massima rilevanza. Certo, la legge abolitrice del contenzioso amministrativo è stata formulata in termini generali, come generale è la sua applicabilità; ma pare indubbio che essa sia stata quasi modellata in relazione ai caratteri di una ipotesi tipica: quella nella quale un atto dell'Amministrazione, di solito di tipo espropriativo, incida illegalmente su un diritto di proprietà privata: del resto, questo è il caso di più frequente verifica pratica, ed è anche il caso che è stato preso sempre come punto di riferimento dalle varie teoriche in ordine ai limiti della giurisdizione del giudice ordinario; la sua ricostruzione sarà tentata in seguito anche nel corso del presente lavoro, appunto come banco di prova della sostenibilità della tesi che si cercherà qui di proporre. Ad ogni modo, dal punto di vista ora sfiorato, non si può qualificare come meramente casuale questa circostanza: che la legge sulla espropriazione della proprietà immobiliare per esigenze di pubblica utilità, fosse una delle leggi di quella medesima epoca alla quale ci si riferisce, che furono formulate nel modo più dettagliato,

⁽⁵⁷⁾ Non si potrebbe approfondire l'indagine al riguardo, senza affrontare il problema di fondo del valore del diritto di proprietà nelle prospettive dell'ideologia, della dogmatica, del diritto positivo dell'epoca; tema, questo oggi molto sentito dalla dottrina: cfr. da ultimo le considerazioni di RESCIGNO sulla posizione centrale del concetto nel codice civile del 1865 (*Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, pagg. 8 e ss.), nonché i rilievi di GIANNINI (*Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. del dir.*, 1971, pagg. 443 e ss.), specialmente quelli sul significato del riconoscimento della proprietà privata all'affermarsi della borghesia, e alla sua successiva svalutazione, in favore di una maggiore accentuazione del valore dell'impresa e della libertà di impresa (pag. 461 e ss.). Cfr. anche FR. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli s.a., ma 1967, specialmente pagg. 44 e ss.; RODOTÀ, *Nuove frontiere per il diritto di proprietà?*, in *Giur. cost.*, 1971, pagg. 136 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. già i precisi rilievi di VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, etc., cit., pagg. 412 e ss., e soprattutto pag. 421.

e furono strutturate nel modo più organico⁽⁵⁹⁾; una delle leggi, nelle quali trovò più ampia applicazione, in netto anticipo sui tempi, il principio di tanta attualità della garanzia del contraddittorio e della partecipazione degli interessati già al procedimento di formazione dell'atto amministrativo⁽⁶⁰⁾.

Queste considerazioni, del resto, trovano una puntuale conferma dalla valutazione del grado di efficienza del nostro sistema di giustizia amministrativa: come tutti sanno, anche oggi il privato ha una tutela molto più efficace (o meglio: meno inefficace), nei confronti di una azione illegale positivamente posta in essere di questa⁽⁶¹⁾. Ed è appena il caso di osservare che questo rilievo, con pochi adattamenti dovuti alla particolarità della materia, vale al cento per cento anche per quel che riguarda il processo amministrativo vero e proprio, i cui lineamenti principali sono stati sostanzialmente fissati già nel 1889; in un quadro ambientale, cioè, dal punto di vista che qui interessa non troppo differenziato da quello della legge del 1865, malgrado gli avvenimenti che si verificarono durante quell'intervallo di quasi un quarto di secolo. Anzi, questo accenno al processo amministrativo offre la possibilità di proseguire quel confronto che si era prima accennato: si può osservare, così, che tutte le considerazioni che è sembrato di poter svolgere in ordine al profilo dinamico sotto il quale il legislatore del 1865 ha colto la posizione

⁽⁵⁹⁾ Cfr. GIANNINI, *Basi costituzionali*, etc., cit., pag. 447.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. la ricostruzione di CASSESE, *Il privato*, etc., cit., pagg. 46 e ss.; v. anche PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, pagg. 658 e ss.

Sulla partecipazione degli interessati al procedimento di formazione dell'atto amministrativo la letteratura di questi anni è vastissima: cfr. per tutti GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., *passim.*, e BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969, *passim.*, ambedue con ampie citazioni alle quali si rinvia per brevità.

⁽⁶¹⁾ Il rilievo delle inefficacia della tutela giurisdizionale del privato contro le omissioni, i dinieghi di prestazioni, etc., da parte della pubblica amministrazione è diffuso in dottrina: v. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pag. 412; NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, V, 60; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pag. 352.

dell'Amministrazione, e, in genere, alla struttura e alla funzione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, paiono potersi riferire in larga misura anche al profilo dinamico sotto il quale parimenti il legislatore del 1889 ha colto la posizione dell'Amministrazione, e, in genere, alla struttura e alla funzione della legge istitutrice della quarta Sezione del Consiglio di Stato^(61-bis); e ciò, anche se nei confronti della giurisdizione amministrativa, si crede di dover fare questa netta precisazione: non è dubbio che le esigenze che si sono prima indicate abbiano influenzato la conformazione dello strumento processuale, il quale, secondo recenti, noti studi, si ispira al modello del processo di parti; ma non sembra ugualmente sicuro che quelle esigenze hanno anche condizionato la configurazione dell'oggetto del giudizio⁽⁶²⁾.

Fin qui, le considerazioni relative alla struttura e alla funzione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Non sembra che sia necessario insistere ulteriormente in questa direzione di ricerca: non si vede come si possa dubitare, infatti, che tale struttura, che tale funzione, siano state delineate in relazione alle esigenze di difesa di posizioni private, nei confronti di atti amministrativi lesivi di esse; in questo ordine di idee, e sulla base delle considerazioni che precedono, pare di poter trarre una precisa conclusione: ogni esaltazione della rilevanza che assumono i diritti soggettivi dei cittadini nel sistema della legge del 1865, e quindi le esigenze della loro difesa, a ben guardare non può che tradursi in una affermazione dell'importanza di quegli atti che tali diritti possono minacciare, e contro i quali tali di-

^(61-bis) Sul tema, cfr. da ultimo, con osservazioni assai acute e stimolanti, NIGRO, *Problemi veri e falsi*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1829 e ss.

⁽⁶²⁾ Senza approfondire il problema qui estraneo dell'oggetto del giudizio nella giurisdizione amministrativa, senza richiamare la vastissima e generalmente nota letteratura al riguardo, si ricorderanno solo le recenti precisazioni di BENVENUTI (nella voce *Giustizia amministrativa*, cit., pag. 601), che distingue nettamente i due aspetti: da un lato, la struttura del processo amministrativo, fin dall'inizio improntata all'esigenza di tutela di interessi individuali; ma, dall'altro, il carattere oggettivo di quanto sottoposto con tale mezzo a sindacato, almeno secondo i caratteri più generalmente attribuiti alla IV Sezione del Consiglio di Stato, nell'epoca più vicina alla sua istituzione.

ritti devono essere difesi. Diventa chiaro, allora, che l'accentuazione nella formulazione legislativa dei diritti soggettivi dei privati, non può essere interpretata come una svalutazione del fattore ad essi contrapposto, come una svalutazione dell'attività amministrativa: quella accentuazione può essere apprezzata solo come l'indicazione dell'angolo visuale, quello delle posizioni del privato, dal quale si è posto il legislatore, per la determinazione della struttura e della funzione del sistema, e quindi per la formulazione della norma; ed è appena il caso di notare, come con quella struttura e con quella funzione, tale angolo visuale sia perfettamente coerente.

Queste, le ragioni per le quali sembra che, nell'impostazione del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, occorra tenere nel massimo conto il ruolo giuocato dall'atto amministrativo. La nozione di tale atto è così destinata ad acquistare la maggiore rilevanza nello svolgimento della presente indagine: non pare di poter fare a meno, perciò, di indicare assai brevemente i caratteri con i quali essa viene qui intesa. È assolutamente da escludere che il richiamo della incidenza dell'atto amministrativo debba di per sé implicare il riferimento ad un suo concetto ristretto: qui è chiaramente utilizzabile una sua nozione per certi aspetti assai ampia; in tal modo, si possono aggirare tutte le numerose e difficili questioni che si incontrano, quando si intraprenda una definizione di quell'atto che sia tecnicamente rigorosa; questioni, il cui esame sarebbe del resto impossibile in questa sede. Ma l'adozione di una nozione del genere non è solo consigliata da una mera comodità di discorso, dal desiderio di non appesantire il ragionamento con analisi non strettamente indispensabili al suo sviluppo: essa è addirittura imposta da una precisa esigenza ricostruttiva; si è alla ricerca, infatti, di una piattaforma concettuale la quale sostituisca quel quadro delle situazioni giuridiche sostanziali del privato, i cui limiti di configurabilità, e quindi di utilizzabilità, si sono già rilevati; ed è appena il caso di osservare che tale piattaforma

concettuale, in primo luogo, deve costituire la base per la soluzione del problema ora in esame, relativo ai limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che siano ricavabili in una prospettiva interna alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo; ma ciò non è tutto: essa, secondariamente, deve anche fornire la cornice entro la quale impostare l'altro problema, che deriverà dalla istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato: quello inerente alla determinazione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, considerato in sé e per sé, e nei suoi rapporti con la suddetta giurisdizione dei tribunali civili. La prospettiva unitaria che si cerca di ricostituire, perciò, deve essere in grado di abbracciare l'intero nostro sistema di giustizia amministrativa, nelle sue linee principali, e nelle sue singole componenti: deve essere quindi assai latamente delineato.

Sembra ormai chiaro che la nozione di atto amministrativo possa rivelarsi lo strumento, o uno degli strumenti per raggiungere il risultato indicato; ma ciò risulterà possibile solo ad una precisa condizione: non c'è dubbio che, in qualsiasi controversia che insorga tra privato e Amministrazione, sia rilevabile una qualche manifestazione di comportamento del soggetto pubblico, eventualmente anche solo a carattere omissivo; ebbene, è necessario che la nozione di atto amministrativo che deve essere qui utilizzata, sia delineata in modo tale da poter ricomprendere le manifestazioni suddette nella misura più larga possibile; in altre parole, è necessario che quel che secondo quella nozione può essere considerato come atto dell'Amministrazione, si possa rintracciare sempre, come una costante, in tutte le previsioni legislative, non solo in quelle esplicite, ma anche in quelle implicite, nelle quali il sistema in parola si può scomporre: solo in tal modo quella nozione medesima può sostituire, o, meglio, può concorrere a sostituire il concetto di situazione giuridica sostanziale del privato, di non così generale individualità.

Pare che una nozione di atto amministrativo che venga a

rispondere a tali requisiti sia perfettamente delineabile⁽⁶³⁾: essa tende a identificarsi col concetto di attività, di azione che l'Amministrazione pone in essere su base imperativa, e viene a raccomandare ogni manifestazione in qualche modo attiva di quel soggetto, in quanto soggetto pubblico. In questa fase del ragionamento, costituisce sufficiente punto di riferimento una nozione così sommariamente abbozzata, anche se in seguito si dovrà tornare sull'argomento, apportando ulteriori precisazioni; fin da ora, peraltro, si deve osservare che la genericità del concetto che qui si utilizza, non è naturalmente illimitata, ma trova un confine ben netto: esso arriva a coprire ogni attività amministrativa la quale, anche solo implicitamente, possa dirsi giuridica, ma non si spinge anche sul terreno delle c.d. attività di fatto; ogni riferimento alla complessa e delicata problematica che questi accenni sfiorano, pare rivelarsi tanto difficile, quanto inutile per il proseguimento del discorso.

Dal punto di vista della presente indagine, acquistano in tal modo un particolare significato alcune tendenze, specialmente giurisprudenziali, le quali hanno portato a notevoli ampliamenti dell'ambito nel quale può rintracciarsi un atto amministrativo, secondo la nozione che di esso si è sopra accennata; il loro richiamo, quindi, non pare qui inopportuno, anche se esse non risultano essenziali, anche se non risultano essenziali gli ampliamenti suddetti: anche se la validità del ragionamento che si propone, quindi, sembrerebbe rimanere inalterata, pure se, per ipotesi, la giurisprudenza avesse percorso diverse vie. Si ricorderà, così che il Consiglio di Stato ha proceduto in questi ultimi decenni ad un graduale e costante allargamento delle fattispecie di silenzio-rigetto, silenzio-rifiuto, silenzio-inadempimento e simili, nelle quali, pur mancando una pronuncia formale dell'Amministrazione, ciò nondimeno è dato ricorso giurisdizionale amministrativo; per apprezzare questa tendenza dal punto di vista che

⁽⁶³⁾ Cfr., peraltro, GIANNINI-PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 258.

qui rileva, si deve tenere conto che il processo che in tal modo viene iniziato, ha pur sempre in linea di principio carattere costitutivo, e quindi deve avere pur sempre come oggetto un atto dell'Amministrazione: di qui, il segnalato ampliamento dell'ambito nel quale si deve rinvenire un atto amministrativo nel senso prima precisato; l'incidenza di questo fattore, sotto il profilo che qui interessa, è solo tendenziale, ma in questi limiti è indiscutibile; essa infatti pare rimanere sostanzialmente abbastanza ferma, anche se si sconta l'atteggiamento che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha assunto in questi ultimi anni, in ordine alla natura del silenzio che l'Amministrazione eventualmente tenga nei confronti di un ricorso amministrativo; e anche se non si trascura di porre nel massimo risalto i segni che si fanno sempre più consistenti, e che per un certo senso devono essere considerati preziosi, di una progressiva trasformazione e attenuazione del carattere esclusivamente costitutivo del processo amministrativo^(63-bis).

D'altra parte, contribuisce dal suo canto all'allargamento dell'ambito suddetto anche una certa giurisprudenza del giudice ordinario, e segnatamente della Cassazione, pur se essa pare ispirata da esigenze del tutto diverse da quelle, sostanzialmente nel senso di un ampliamento della tutela giurisdizionale, che sono alla base dell'orientamento del Consiglio di Stato sopra richiamato: quella giurisprudenza la quale ha dilatato a dismisura l'ipotesi nella quale i tribunali civili non possono condannare l'Amministrazione ad un c.d. *facere* specifico⁽⁶⁴⁾: come si sa, ormai tale ipotesi abbraccia quasi illimitatamente l'integra gamma dei comportamenti amministrativi, che apparentemente sono solo

^(63-bis) Tra gli scritti più significativi in questo senso, cfr. ALESSI, *Rilievi in ordine alle impugnative del comportamento omissivo dell'Amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, pag. 528 e ss.; sul problema, cfr. SCOCA, *Considerazioni sull'inerzia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1962, I, 489, e, successivamente, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1972, *passim*; CASSESE, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, I, 30.

Da ultimo, molto convincentemente, v. NICRO, *Problemi veri e falsi*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1934 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., per tutti, SCOCA, *Il termine giudiziale*, etc., cit., pagg. 143 e ss.

di fatto, ma che possono essere ricollegati in astratto all'esercizio di un potere pubblicistico⁽⁶⁵⁾; anche questa tendenza può essere apprezzata dal punto di vista che qui interessa, ove si consideri pure un diverso fattore che meglio la qualifichi: ove si tenga conto, cioè, che la giurisprudenza cerca molto spesso di agganciare il divieto di pronunciare la condanna indicata, al divieto di annullamento dell'atto amministrativo, che con lata interpretazione della lettera della norma⁽⁶⁶⁾, è dedotta dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo; e che per giungere a questo risultato, essa deve postulare l'esistenza di un atto amministrativo implicito, anche là dove, come si notava, apparentemente sarebbe rilevabile solo un comportamento di mero fatto⁽⁶⁷⁾.

Evidentemente, sono svariati gli angoli visuali dai quali può rilevare l'accennato concetto di atto amministrativo, ai fini della definizione di quella nozione unitaria che si ricerca, in ordine alla quale impostare il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; come si è già anticipato, il profilo che si rivelerà più fecondo di risultati, è quello per cui tale atto costituirebbe il modo col quale si manifesta una presupposta posizione dell'Amministrazione. Ma vi è un altro degli angoli visuali suddetti, che si presenta immediato come il più semplice e ovvio: quello in base al quale tale concetto verrebbe adottato come punto di riferimento dell'impostazione indicata, in modo diretto e per certi

⁽⁶⁵⁾ Cfr., di recente, le considerazioni di F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 598 e ss.; SCOCA, *Il termine giudiziale*, etc., cit., pag. 132 e ss., e, per il connesso problema della esperibilità delle azioni possessorie nei confronti della pubblica Amministrazione, ANGELETTI, *Tutela del possesso*, etc., cit., *passim*.

⁽⁶⁶⁾ Per una recente critica di questa impostazione, e, in genere, dei limiti con i quali il giudice ordinario intende i propri poteri decisori nei confronti dell'Amministrazione, cfr. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa*, cit., pag. 5 e ss.; v. anche, *ivi*, a pag. 12, il richiamo dell'opinione di SANTI ROMANO, nel senso di una interpretazione restrittiva della portata dell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

⁽⁶⁷⁾ Su tutto il problema, e per una critica ai criteri troppo larghi adottati in materia dalla giurisprudenza, la quale tende quasi sempre a identificare il comportamento materiale tenuto dall'amministrazione come esecutivo di un atto amministrativo tacitamente presupposto, v. SCOCA, *Il termine giudiziale*, etc., cit., pagg. 132 e ss.

aspetti esclusivo; si dirà tra poco il perché di questa attenuazione di tale carattere di esclusività. Vale la pena di esaminare fino a che punto possa risultare fruttuosa la direttrice di ricerca così indicata.

L'adozione dell'angolo visuale accennato null'altro significa che i limiti della giurisdizione del giudice ordinario devono essere delineati in ordine a diverse qualificazioni dell'atto amministrativo; qualificazioni, che devono essere tracciate in relazione a moduli concettuali, e quindi su un piano dogmatico da precisare. Tale piano, peraltro, è chiaramente imposto dall'argomento stesso della presente indagine: siamo in materia di mezzi di tutela, giurisdizionali o amministrativi che siano; questi non possono essere altro che in funzione di una quanto meno affermata antiggiuridicità del comportamento contro il quale la tutela stessa è invocata. In questo ordine di idee, appare evidente che i limiti della competenza del giudice ordinario dovrebbero essere delineati nell'ambito di una generica nozione di illegalità dell'atto amministrativo, e quindi dovrebbero risultare ancorati ad una differenziazione da individuarsi nel seno di quella illegalità medesima.

All'individuazione di tale direttrice di ricerca, si è pervenuti mediante il non breve ragionamento che si è esposto; essa, peraltro, corrisponde all'impostazione adottata da un filone di indagine sempre rintracciabile nella evoluzione dottrinale sul tema, sia pure con incidenze notevolmente variabili, e che ha trovato nella costruzione del GUICCIARDI la sua più compiuta e nota espressione. Nelle analisi che di tale costruzione sono state compiute, come si sa piuttosto frequenti nella nostra letteratura, l'accento è stato messo soprattutto su alcuni suoi aspetti specifici: la distinzione tra i concetti di illegittimità e di illiceità dell'atto amministrativo, il modo di intenderla in concreto, la negazione della configurabilità di interessi legittimi come situazioni giuridiche sostanziali del privato, e così via; ed è in ordine a questi punti che si sono registrati i consensi, e più ancora i dissensi, che risultano anche da recenti, vivaci critiche. Stupisce, però, che sia passato relativa-

mente sotto silenzio che il profilo di maggior rilievo della costruzione del GUICCIARDI è costituito proprio dalla sua impostazione: con questa il piano del ragionamento viene spostato da quello delle distinzioni tra le situazioni giuridiche sostanziali del privato, a quello delle distinzioni tra le qualificazioni e i tipi di invalidità dell'atto dell'Amministrazione, con un rovesciamento dell'orientamento tradizionale. Si conviene che l'impostazione in parola appare nettamente e unilateralmente delineata nel modo indicato, maggiormente nelle correnti sintesi di riferimento di pensiero dell'autore, che nella sua versione originale, assai più ricca e complessa, come si accennerà in seguito; ma ciò non toglie che il carattere saliente della teorica della quale si discorre, pare essere quello accennato: perciò, sembra che il valore dell'impostazione proposta dal Guicciardi, e anche i limiti della sua validità, avrebbero dovuto costituire in ogni caso il principale oggetto di analisi ed eventualmente di disputa.

Rimane adesso da spiegare perché si è rilevato che le qualificazioni dell'atto amministrativo possono costituire il punto di riferimento per una teoria dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, in un modo che solo per certi aspetti è esclusivo: si deve osservare al riguardo che si deve evitare di ripetere un errore analogo, pur se di segno opposto, a quello nel quale è parsa essere incorsa la dottrina dominante; dopo aver escluso che i limiti suddetti possano essere tracciati unicamente nei confronti di distinzioni tra gli schemi secondo i quali l'ordinamento tutela gli interessi del solo soggetto privato del rapporto amministrativo, non si possono riportare adesso tali limiti unicamente alle qualificazioni delle manifestazioni di attività del solo soggetto pubblico di quel rapporto stesso. Questo rilievo, lo si è già avvertito, svaluta di molto il valore della impostazione che si è ora adottata: ne indica i limiti invalicabili, e, anzi, ne mina in radice la stessa validità; proprio per queste ragioni si riterrà necessario tentare in seguito il suo superamento: fin da ora si deve confermare uno spunto già accennato, e cioè che i più completi risultati dell'inda-

gine potranno essere ottenuti in una prospettiva nella quale l'atto dell'Amministrazione e il diritto soggettivo del privato si atteggiino ambedue come gli elementi dominanti, e a pari titolo e a pari livello dominanti, dell'intero quadro presupposto e normato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Malgrado la consapevolezza della inevitabilità di un simile ampliamento dell'angolo visuale, si crede non inutile sviluppare nei due prossimi paragrafi l'impostazione dal punto di vista unilaterale del soggetto pubblico del rapporto amministrativo, della sua azione e delle relative qualificazioni: le considerazioni che in tal modo si avrà occasione di svolgere, infatti, paiono proficue ai fini di una migliore puntualizzazione dei rilievi critici nei confronti della dottrina dominante, e non irrilevante per i successivi tentativi ricostruttivi.

Il rilievo attinente alla angustia della impostazione per il momento adottata, peraltro, appare opportuno non solo al fine di fondare il futuro e preannunciato ampliamento di prospettiva: esso è suscettibile di una immediata utilizzazione già in questa fase del ragionamento. Si può intravedere un modo, infatti, per attenuare, ma solo per attenuare, l'unilateralità e la conseguente sfasatura di valutazione dell'angolo visuale temporaneamente accolto: pur dovendo rimanere questo definito in relazione alle qualificazioni da tracciarsi nell'ambito di una generica illegalità dell'atto amministrativo, nel delineare tali qualificazioni si può tener conto di quel che nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo all'azione del soggetto pubblico si contrappone; si può cioè dare la maggiore rilevanza che la limitata impostazione del discorso consente, al modo di essere della correlata situazione giuridica del soggetto privato, e alle incidenze di tale azione su di essa.

6. *Da un punto di vista obiettivo, la giurisdizione del giudice ordinario va quindi definita in relazione al concetto di illegalità dell'atto amministrativo; nell'ambito di questa, si deve di-*

stinguere tra violazione di norme che tutelano diritti soggettivi del privato, e violazione di norme non connesse con queste posizioni; la conferma della contrapposizione del Guicciardi tra norme di relazione e norme di azione. — L'osservazione che chiude il paragrafo precedente, indica il profilo sotto il quale si deve inquadrare il « diritto civile o politico » del privato, nella ricostruzione del sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, almeno secondo la direttrice di ricerca per il momento adottata. Non si vuole tentare di definire qui il contenuto di quella espressione, che tanti fiumi di inchiostro ha fatto scorrere: ora preme anzitutto porre in rilievo la funzione e il significato che essa acquista, per la delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario; e, prima ancora, e su un piano più generale, nella struttura della legge che si esamina.

A questo ultimo riguardo, si deve notare che il richiamo esplicito che questa legge fa del diritto soggettivo del privato, sottolinea che la posizione di questo secondo protagonista del rapporto amministrativo è colta sotto l'aspetto statico delle situazioni di vantaggio che l'ordinamento garantisce; e ciò significa che, per il legislatore del 1865, il profilo sotto il quale il soggetto privato di quel rapporto si rivelava in modo più notevole e degno di considerazione, era quello delle sue situazioni sostanziali tutelate; quindi, della tutela delle sue situazioni sostanziali medesime. Questa osservazione fornisce una controprova di quanto notato in precedenza, ma, a sua volta, rafforza in modo definitivo l'esigenza di tenere conto di un'altra prospettiva, e quindi di altri problemi prima intravisti. Essa conferma, cioè, che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo è strutturata in funzione della difesa delle situazioni giuridiche del soggetto privato, contro l'azione del soggetto pubblico. D'altro canto, però, proprio la formulazione di quella legge stessa che adesso si è di nuovo rilevata, indica che al centro del sistema non può essere collocato né il diritto soggettivo del privato, né l'atto dell'Amministrazione, singolarmente considerati: al centro del sistema ci sono questi

due fattori, nella loro relazione, e anzi contrapposizione reciproca; è in questa prospettiva che il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario deve trovare la propria impostazione più pertinente e più feconda di risultati.

D'altro canto, nel momento nel quale si constata la preminente rilevanza della contrapposizione indicata, si deve anche riscontrare di nuovo la diversità dei profili sotto i quali i due soggetti del rapporto amministrativo sono stati colti dal legislatore del 1865: da una parte, vi è il riferimento ad un atto, dall'altra, vi è il riferimento ad una situazione giuridica soggettiva; e sembra inutile insistere sulla diversità dei piani dogmatici sui quali l'una e l'altra nozione possono essere delineate. Una ricostruzione del nostro sistema di giustizia amministrativa che voglia approfondire il valore degli istituti e dei concetti che esso implica, e soprattutto fare risaltare a tutto tondo il ruolo giuocato dai due protagonisti del rapporto amministrativo, non può evitare, come si vedrà, di considerare il significato della contrapposizione accennata; ma ciò non può non comportare un problema di riduzione in termini omogenei dei due elementi richiamati, formulati dal legislatore su basi dogmatiche tanto diverse. È da notare, infine, che questa esigenza di riduzione in termini omogenei è stata qui sentita nel quadro della ricostruzione del sistema, che si tenta all'interno della legge abolitrice del contenzioso amministrativo; ma anche se si volesse accogliere l'impostazione dominante, secondo la quale la giurisdizione del giudice ordinario andrebbe delimitata in diretto riferimento con la giurisdizione del giudice amministrativo, il discorso non cambierebbe: alla giurisdizione del giudice civile ancorata al concetto di diritto soggettivo del privato, andrebbe contrapposta, in tale ordine di idee, quella giurisdizione del giudice amministrativo, che è stata ugualmente definita dal legislatore del 1889 in relazione ad una manifestazione del soggetto pubblico del rapporto costituita dall'atto di quest'ultimo; si può anzi aggiungere che la mancata considerazione esplicita della eterogeneità dei termini nei quali sono state

legislativamente definite, rispettivamente, la giurisdizione dei tribunali civili e quella del Consiglio di Stato, la mancata risoluzione esplicita di essa, pare aver contribuito, e non poco, alle perduranti incertezze che si registrano nell'argomento.

Pur tenendo conto di questi altri aspetti del problema, si preferisce proseguire per il momento la ricerca secondo la direttrice che si è indicata. Si noterà, allora, che la nozione unitaria, nell'ambito della quale si devono tracciare i limiti della giurisdizione del giudice ordinario, è stata accennata col riferimento ad un concetto di illegalità dell'atto amministrativo, che è stato richiamato con caratteri quanto mai generici; tanto generici, che non si è neppure sciolta l'alternativa fondamentale che si deve profilare al riguardo: non si è neppure indicato, cioè, se esso debba venire precisato nella prospettiva di un diretto rapporto con la norma giuridica, rispetto alla quale l'atto amministrativo si presenti come non conforme, oppure in relazione a situazioni giuridiche in sé e per sé considerate, che da quell'atto medesimo vengano lese. Si tratta, evidentemente, di due diversi, possibili piani di concettualizzazione del regolamento positivo della materia, la cui differenza essenziale occorre chiarire e tenere ben presente nell'approfondimento dell'argomento: si ritornerà in seguito su questa differenza, sugli equivoci che la sua mancata considerazione potenzialmente comporta, e sulle sfasature di valutazione che questa in concreto ha causato in dottrina e in giurisprudenza, nell'impostazione e nella soluzione dei problemi che si esaminano.

Quella parte dell'illegalità dell'azione dell'Amministrazione che rientra nella giurisdizione ordinaria è stata determinata dal legislatore del 1865 mediante un riferimento formulato in termini di diritti soggettivi, e quindi di situazioni giuridiche del privato, e della loro lesione; ciò sembrerebbe imporre una ricostruzione dogmatica dell'oggetto della giurisdizione ordinaria condotta utilizzando il medesimo piano concettuale, ricostruzione che a sua volta comporterebbe una definizione secondo un modulo corrispondente dell'intera nozione di illegalità amministrativa

della quale si discorre; ma tutto quello che si è venuti fin qui dicendo sembra che debba portare a un rovesciamento di questa impostazione: ciò pare inevitabile, almeno fin quando il discorso venga mantenuto all'interno della prospettiva per il momento adottata, all'interno delle sole qualificazioni di illegalità dell'atto amministrativo.

Lo si è cercato di dimostrare in precedenza: è impossibile definire l'insieme delle attribuzioni amministrative il cui sindacato sfugge al giudice ordinario, in relazione a posizioni sostanziali del privato diverse dal diritto soggettivo; per meglio dire, è impossibile considerare il collegamento di quelle attribuzioni con queste posizioni come una loro costante: certo, se si ammettesse la configurabilità degli interessi legittimi come posizioni sostanziali private, esse non potrebbero non risultare in qualche modo connesse con le attribuzioni dell'Amministrazione, con il loro esercizio e con le regole del loro esercizio; ma, in tutta evidenza, come si è già rilevato, non tutti gli aspetti di tale esercizio, non tutte le regole di esso possono considerarsi correlate a interessi legittimi. Da ciò una conseguenza si impone: si può senz'altro ammettere, anzi è addirittura ovvio, che la violazione di interessi legittimi, se e in quanto questi siano configurabili come posizioni sostanziali, siano il riflesso di una illegalità dell'Amministrazione che si colloca al di fuori dei limiti della giurisdizione ordinaria; ma la reciproca non vale: non ogni illegalità di questo genere comporta la violazione di un interesse legittimo.

Il punto sarà maggiormente sviluppato nel paragrafo che segue. Qui basta fissare una conclusione che pare poter essere abbastanza persuasivamente fondata sull'ultima considerazione che precede: se non tutte le illegalità amministrative che sfuggono alla giurisdizione ordinaria sono connesse con la lesione di posizioni sostanziali private diverse dal diritto soggettivo, è impossibile definire la categoria di quelle illegalità in termini di violazione di situazioni giuridiche del privato. Queste illegalità, dunque, sono delineabili solo sul piano di un diretto rapporto tra l'attività ammi-

nistrativa e la norma violata: si arriva così ad una conseguenza che pare incompatibile con la definizione in termini di violazione di situazioni giuridiche private che il legislatore ha dato di quelle illegalità le quali, viceversa, sono sindacabili dal giudice ordinario. Ma il piano sul quale si può delineare quella nozione di base che le une e le altre ricomprenda, ciò non di meno esiste, ed è anzi evidente: non è possibile tradurre in lesioni di posizioni soggettive le violazioni di norme che posizioni del genere non garantiscano; ma è sempre possibile, al contrario, tradurre lesioni di posizioni sostanziali in violazioni di norme che tali posizioni tutelino. La nozione di base, comprensiva di ogni illegalità che l'Amministrazione possa commettere, può, e quindi deve essere definita, perciò, come un rapporto di contrarietà dell'azione amministrativa direttamente con la norma oggettiva, prescindendo da ogni implicazione che questa possa eventualmente presentare con posizioni sostanziali private. Implicazione, del resto, la quale, è bene ripeterlo, per quel che riguarda le norme la cui violazione sfugge alla cognizione del giudice ordinario, e cioè nei confronti di interessi legittimi, sarebbe puramente occasionale; sarebbe viceversa costante per quel che riguarda le norme la cui violazione in tale cognizione rientra, e cioè nei confronti dei diritti soggettivi: ma anche qui essa sarebbe irrilevante, tanto che si deve concludere a tal proposito in questo modo: la violazione dei diritti soggettivi deve essere intesa come concetto e espressione ellittica, per indicare la violazione di quelle norme oggettive che tutelano diritti soggettivi del privato.

Questa riduzione dell'intera gamma delle illegalità amministrative in termini puramente oggettivi appare essere una conseguenza inevitabile dell'adozione del piano di tali illegalità, come base esclusiva dell'impostazione del problema dei limiti della giurisdizione ordinaria. Tale conseguenza si ritrova puntualmente, sia pure per certi aspetti solo in modo implicito, negli sviluppi della teoria del GUICCIARDI ^(67-bis) che su quella impostazione si

^(67-bis) Cfr. *La giustizia amministrativa*, cit., specialmente pagg. 7 e ss., 19 e ss., 33 e ss.

basa: anche a questo proposito, anzi, occorre avanzare lo stesso rilievo in precedenza svolto per quel che riguarda i tratti più generali della prospettiva nella quale si è collocato l'autore: il rilievo, cioè, di una sua mancata considerazione, eventualmente anche solo critica, da parte di quella letteratura che pur così largamente si è occupata di tali tesi. E la conseguenza in parola incide su ambedue gli aspetti più importanti della dottrina che si richiama: ossia sulla definizione tanto delle illegalità amministrative che rientrano nella cognizione della giurisdizione ordinaria, quanto di quelle che a tale cognizione sfuggono.

In ordine al primo profilo, infatti, sembra di poter osservare che, nel quadro della teoria del GUICCIARDI, i diritti soggettivi, la loro lesione, rilevino solo, appunto, come elemento di qualificazione di un gruppo di illegalità amministrative, quelle sindacabili dal giudice ordinario; meglio: addirittura solo come elemento di qualificazione di un gruppo di norme, la cui violazione qualifichi a sua volta il gruppo suddetto di illegalità amministrative. Insomma, pare che la lesione dei diritti soggettivi importi solo in quanto implicazione della violazione di quelle norme che tali diritti tutelano: si ritrova qui puntualmente il valore puramente ellittico che, come si era sopra accennato, sarebbe da attribuire in questa prospettiva all'espressione usata dal legislatore.

In ordine al secondo profilo, inoltre, si riscontra ugualmente una piena svalutazione della importanza delle situazioni giuridiche sostanziali private, di quelle che da questo angolo visuale possono rilevare: gli interessi legittimi. Anzi, qui tale svalutazione è ancora più marcata: la irrilevanza dei diritti soggettivi e della loro lesione, come elementi da considerare direttamente, saltando l'intermediazione delle norme di tutela e della loro violazione, non era stata portata fino alla negazione della sussistenza stessa di posizioni sostanziali di questo tipo; né, d'altra parte, una conseguenza del genere sarebbe stata delineabile. Ma per quel che riguarda gli interessi legittimi, viceversa, la loro stessa configurabilità è respinta, traendo le estreme conseguenze dalla impostazione adottata.

A ben guardare, tale impostazione comporterebbe solo l'irrelevanza degli interessi legittimi, non anche la loro negazione come posizione sostanziale: in seguito, d'altronde, si tenterà di dare di tale situazione una definizione non inconciliabile con la prospettiva per il momento accolta. Ma è indubbio, peraltro, che la negazione di questa categoria di posizioni sostanziali costituisca lo sviluppo più diretto della affermazione della loro irrilevanza, e quindi, secondo la sequenza logica che si è cercato di svolgere, lo sviluppo più diretto di ogni teoria sui limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che venga basata unicamente sulla distinzione tra qualificazioni e tipi di invalidità dell'atto amministrativo: nella valutazione delle note tesi del GUICCIARDI, sul carattere di mero fatto dell'interesse legittimo, e sulla natura oggettiva della giurisdizione amministrativa, occorre tenere conto, perciò, di quanto esse dipendano dalla impostazione di base del problema.

Nel paragrafo che segue il discorso verrà proseguito a partire dai concetti di illegalità oggettiva dell'attività amministrativa che si sono sopra accennati. Fin da ora, però, è opportuno porre in risalto un risultato che si è venuti acquisendo quasi implicitamente, ma che ciò nonostante è di rilievo fondamentale, e che comunque giuocherà un ruolo di primaria importanza nel corso della presente indagine: si deve notare, cioè, come sia cominciata ad affiorare, nel quadro delle norme che disciplinano l'azione dell'Amministrazione, una netta distinzione tra quelle che tutelano diritti soggettivi del privato, e quelle che, viceversa, non presentano questa implicazione; corrispondentemente, è cominciata ad affiorare, nel quadro delle illegalità amministrative, e secondo la natura delle norme violate, una netta distinzione tra quelle che comportano anche violazione di diritti soggettivi del privato, e quelle che non producono questo effetto. Sul piano terminologico, per la classificazione di questi concetti non vi è motivo di non utilizzare le notissime coppie di termini: norme di relazione e norme di azione; illiceità e illegittimità dell'atto amministrativo⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁸⁾ È questa, come è generalmente noto, la classificazione proposta dal GUIC-

È evidente: non si vuole presentare il ragionamento svolto come un tentativo di riscoperta di nozioni che sono generalmente conosciute da tempo, e anche largamente, anche se tutt'altro che unanimemente condivise; solo, la conclusione che si è raggiunta, la stessa necessità di pervenire ad essa, pare che possano venire apprezzate come la conferma della validità di categorie di cui parte della dottrina, specie recentemente, ha dubitato⁽⁶⁹⁾.

Non si crede opportuna una replica puntuale e specifica ad ognuna delle critiche che si sono ora adombrate: in unione con l'indicazione dei motivi di perplessità che pare sollevare una ricostruzione del criterio di ripartizione tra le due giurisdizioni che voglia battere una diversa via, che prescindendo dalle distinzioni che si vogliono qui confermare⁽⁷⁰⁾, sembra che la solidità di queste risulti meglio da una precisazione delle basi sulle quali esse si fondano. A questo riguardo, alle osservazioni qui accennate vanno aggiunti gli approfondimenti ai quali sono dedicati soprattutto i successivi paragrafi nn. 12, 13 e 14.

GIARDI, da ultimo in *La giustizia amministrativa*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 7 e ss., 19 e ss.

Sul concetto di atto illecito proposto da tale autore, cfr. le considerazioni, in relazione alla dottrina privatistica, di F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria*, cit., pag. 575 e ss.

Sulla distinzione in generale, tra illiceità e illegittimità, almeno per certi aspetti, la letteratura è vastissima; si ricorderà solo, con diretto riferimento alla letteratura pubblicistica: GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., pag. 260; cfr. anche i rilievi di ALBINI, *L'autorità degli atti giuridici*, Milano 1964, pag. 113 e ss., e, in puntuale relazione ai problemi interpretativi posti dagli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nonché alla teoria del GUICCIARDI, DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 111 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. soprattutto GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 7 e ss.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche Amministrazioni*, cit., pagg. 118 e ss.; CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, etc., cit., pagg. 57 e ss., e, da ultimo, voce *Interesse*, cit., pag. 24. Cfr. anche i rilievi di DELFINO, *op. loc. ult. cit.*, e di F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria*, cit., pagg. 570 e ss.

Per una riaffermazione della validità delle distinzioni del GUICCIARDI, v. il necrologio scritto dal CAPACCIOLI, in *Riv. dir. proc.*, 1971, pag. 95, nonché OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione*, etc., cit., pag. 472, e, nella letteratura meno recente, ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, pagg. 139 e ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr., soprattutto, al paragrafo n. 17, la valutazione critica della teoria c.d. della degradazione.

Fin da ora, peraltro, si può osservare anche che le distinzioni in parola sono affiorate particolarmente nel quadro di una prospettiva logica ben precisa: quella per il momento adottata, che comporta la svalutazione della rilevanza delle situazioni soggettive sostanziali in quanto tali; ma esse risulteranno di importanza decisiva anche dal più adeguato e comprensivo angolo visuale delle posizioni sostanziali dell'Amministrazione e del privato, ossia dell'intero rapporto amministrativo. In definitiva, tali distinzioni appariranno connaturate al nostro sistema di giustizia amministrativa da qualsiasi punto di vista voglia venire considerato, e come parte essenziale di esso; e ciò, fino dalla prima fase della sua formazione, fino dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo: come sembra di avere dimostrato, il successivo completamento costituito dalla istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato non ha aggiunto nulla da questo angolo visuale.

Fermo restando il rinvio agli ulteriori approfondimenti, converrà fissare subito in modo riassuntivo l'essenza della contrapposizione delle norme di azione a quelle di relazione: non solo le norme di azione, a differenza delle norme di relazione, non hanno un collegamento con posizioni di diritto soggettivo, ma nel quadro dogmatico nella legge del 1865 (è da sottolineare questo condizionamento concettuale), conseguentemente non hanno neppure un collegamento con alcuna posizione giuridica del privato; la successiva elaborazione della nozione di interesse legittimo renderà possibile delineare un rapporto tra alcuni gruppi di norme di azione e posizioni giuridiche del privato di questo tipo: ma tale rapporto sarà sempre eventuale, in ogni caso estraneo al sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo e soprattutto del tutto irrilevante per la soluzione del problema di base, ossia per la delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario.

7. *Quel che sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario è la illegittimità dell'atto amministrativo, contrapposta alla illi-
cietà di questo; l'illegittimità dell'atto amministrativo non corrisponde alla violazione dell'interesse legittimo da un punto di*

vista qualitativo, perché non fa riferimento alla lesione di una situazione giuridica soggettiva, tanto meno di una situazione giuridica del privato; e neppure da un punto di vista quantitativo, perché non da ogni norma di azione scaturisce un interesse legittimo. Prime considerazioni sul rapporto tra norme di azione e interesse legittimo; la legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo. La irrilevanza della definizione dell'oggetto del giudizio davanti al giudice amministrativo, ai fini della determinazione della giurisdizione del giudice ordinario, la quale, perciò, deve essere dedotta indipendentemente da esso. — Si può, adesso, completare la correzione dell'angolo visuale comunemente adottato, precisandone la sfasatura, rispetto al punto di vista che qui si propone: non solo il problema di base è quello dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, e non quello della discriminazione tra le due giurisdizioni; ma, a tale proposito, almeno secondo la linea di ragionamento di cui si cerca di valutare ora la fecondità, quel che deve essere contrapposto all'oggetto della giurisdizione del giudice civile, alla violazione dei diritti soggettivi del privato, è l'intera gamma delle illegittimità dell'azione amministrativa.

Si era già rilevato che si può tornare a impostare il problema in termini di discriminazione tra le due giurisdizioni, solo alla condizione di ritenere che la giurisdizione oggi attribuita al giudice amministrativo assorba tutta l'area di illegittimità dell'atto, che la legge del 1865 ha sottratto alla giurisdizione del giudice ordinario. La verifica della effettiva sussistenza di questa coincidenza presuppone, evidentemente, la previa determinazione dell'oggetto del processo davanti al Consiglio di Stato, tema, questo, il cui esame può essere per il momento rimandato: sembra ormai chiaro, infatti, che la precisazione della natura e dei limiti di tale oggetto, è questione che nulla a che vedere col problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; o, per meglio dire, la soluzione di questo condiziona, ma non è condizionata, dalla soluzione di quella, posto che l'oggetto della giurisdizione

amministrativa potrà assorbire in tutto o in parte quel che è sottratto alla cognizione del giudice civile, ma mai superare i limiti di essa.

Pur tenendo fermo il rinvio accennato, fin da ora si può affermare, peraltro, che la coincidenza in parola non potrà mai verificarsi, se l'oggetto della giurisdizione amministrativa è configurato come una situazione giuridica sostanziale del privato. Non è necessario, a questo proposito, approfondire il meccanismo concettuale, mediante il quale gli effetti di una norma oggettiva vengono soggettivizzati come situazioni sostanziali individuali. Basterà osservare solo che, a meno di non considerare l'espressione « situazione giuridica soggettiva sostanziale » un mero *flatus vocis*, non può essere definito come tale qualsiasi interesse del privato, col quale in qualche modo una norma di azione può interferire. Anche a prescindere dalla ricchissima letteratura sul problema in generale, si può ricordare come la dottrina sullo specifico tema di diritto amministrativo, anche quella meno recente ⁽⁷¹⁾ abbia perfettamente avvertito l'importanza della questione. In senso analogo, come si sa, è orientata la giurisprudenza, in tutta una serie di pronunce, generalmente ben note: precisa-

⁽⁷¹⁾ La dottrina meno recente aveva già visto con assoluta chiarezza il problema della necessità o meno della coincidenza tra l'interesse del quale il ricorrente al Consiglio di Stato chiede tutela, e quello connesso con la norma che si assume essere stata violata dall'Amministrazione; cfr., tra gli altri, e v. *ivi* interessanti casistiche: ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 722; PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 501; MEUCCI, *Il principio organico*, cit., pag. 15 e ss.

Mette conto di ricordare, per la sua precisione e modernità (semmai, basterebbe sostituire l'autostrada alla ferrovia...), l'esempio portato dal MEUCCI (*op. loc. ult. cit.*, pag. 29): l'Amministrazione fa illegittimamente divergere il tracciato di una ferrovia, rispetto a quello che era stato in precedenza stabilito; *nulla quaestio* che il proprietario dei terreni che sarebbero così occupati, possa invocare tutela; ma è dato ricorso al Consiglio di Stato, anche al proprietario di terreni limitrofi, che dall'allontanamento del tracciato della ferrovia riceve, viceversa, un danno?

Nella letteratura tra le due guerre, il problema era stato sentito con particolare lucidità in TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., specialmente pagg. 7 e ss., 13 e ss.; cfr. anche PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse*, etc., cit., pagg. 298 e ss.

Nella letteratura più recente, v., con chiarezza, SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli 1963, pag. 41.

mente quelle nelle quali viene definito in modo esplicito il carattere della giurisdizione amministrativa, come una giurisdizione a tutela di interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali del ricorrente, e soprattutto in quelle nelle quali, quel che più conta, viene negata nella fattispecie decisa la sussistenza di un interesse giurisdizionalmente tutelabile ⁽⁷²⁾.

⁽⁷²⁾ Si consideri la seguente fattispecie: l'Amministrazione aveva revocato una concessione per la gestione provvisoria di una rivendita di tabacchi, per carenza di requisiti e per inadempienze varie del concessionario: tra l'altro, perché questo non era locatario del locale dove si trovava la rivendita, e perché egli non provvedeva personalmente alla gestione; successivamente, l'Amministrazione era tornata sulla sua decisione, aveva riconosciuto non sussistenti gli elementi posti a base della revoca, la aveva a sua volta revocata (*rectius*: annullata). Il Consiglio di Stato (Sez. IV, 28 agosto 1951, n. 563, in *Foro amm.*, 1951, I, 1, 456), dopo accurata disamina, ha senz'altro ammesso la sussistenza dell'interesse processuale al ricorso proposto contro questo secondo provvedimento dal nuovo gestore provvisorio; ma dopo una disamina ancora più dettagliata, ha escluso che egli potesse vantare anche un interesse tutelato come una situazione giuridica soggettiva sostanziale, per il carattere esclusivamente pubblico dell'interesse perseguito dalle norme, l'esistenza e l'inesistenza delle cui violazioni erano state poste a fondamento, rispettivamente, della revoca della concessione, e dell'annullamento di questa.

E ad un orientamento del genere deve essere riaccostata la decisione che ha dichiarato che il dipendente dell'I.N.P.S. dispensato dal servizio per inidoneità fisica, non può eccepire la violazione del regolamento dell'ente che dispone che i lavori dei collegi sanitari si svolgano presso la sede centrale di questo, perché tale norma è posta esclusivamente nell'interesse dell'Amministrazione (Sez. VI, 30 settembre 1965, n. 594, in *Foro amm.*, 1965, II, 1129); e quella che ha negato la legittimazione all'impugnazione dei terzi, contro la concessione o il diniego di autorizzazione agli enti ecclesiastici per il compimento di atti di alienazione eccedenti l'ordinaria amministrazione (Sez. V, 18 novembre 1966, n. 1425, in *Foro amm.*, 1966, I, 2, 1872; e quella che ha negato che il proprietario di un fabbricato abbia un interesse tutelabile a dedurre che in un edificio limitrofo siano state violate le norme del regolamento edilizio sulla altezza minima dei piani, dettate nell'esclusivo interesse pubblico dell'igiene dell'abitazione (Sez. V, 25 febbraio 1966, n. 330, in *Foro amm.*, 1966, I, 2, 254, confermata poi da Sez. V, 30 ottobre 1970, n. 829, *id.*, 1970, I, 2, 1058, che ha affermato l'inapplicabilità al caso dell'art. 10 della c.d. legge-ponte urbanistica 6 agosto 1967, n. 765, perché quest'ultima è dettata per la tutela di interessi di tipo urbanistico, mentre la norma di cui si lamentava la violazione perseguiva interessi attinenti all'igiene e alla sanità, nonché da Sez. V, 27 ottobre 1972, n. 138, *id.*, 1972, I, 2, 1146); cfr. anche la decisione del min. della sanità 13 marzo 1962, in *Foro it.*, Rep., 1962, voce *Sanità pubblica*, n. 40: il privato non può impugnare la nota con la quale il medico provinciale afferma di non aver ravvisato inconvenienti igienici in un allevamento di pollame, escludendo che esso fosse causa dell'inquinamento di un pozzo, giacché egli, in materia di sanità, non è titolare di un interesse occasionalmente protetto).

Vi è una notissima vicenda giurisprudenziale, in ordine ad una questione di quotidiana e assai rilevante importanza pratica, sviluppatasi agli inizi degli anni sessanta, con l'intervento di notevoli e forse decisivi contributi dottrinali, che è addirittura esemplare del problema che ora si considera: quella concernente la proponibilità del ricorso avanzato dal privato, il cui interesse venga lesa dal mancato esercizio da parte dell'Amministrazione, dei poteri di repressione di costruzioni abusive, eventualmente di costruzioni che siano diventate tali in seguito all'annullamento giurisdizionale della licenza che illegittimamente le autorizzava. Per limitare le citazioni alla fase decisiva di quella vicenda stessa, si ricorderà che la proponibilità di tale ricorso era stata affermata nel 1960 da una decisione della quinta sezione del Consiglio di Stato⁽⁷³⁾, che però successivamente fu cassata dalla Suprema Corte⁽⁷⁴⁾; malgrado ciò, la posizione assunta dalla sezione singola fu ribadita da una pronuncia della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁽⁷⁵⁾, pronuncia che fu stavolta confermata dalla Cassazione⁽⁷⁶⁾, la quale volle consapevolmente mutare il proprio precedente indirizzo⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ Sez. V, 26 marzo 1960, n. 189, in *Foro it.*, Rep., 1960, voce *Piano regolatore*, n. 197.

⁽⁷⁴⁾ Cass., 18 luglio 1961, n. 1746, in *Foro it.*, 1961, I, 1673, con nota di richiami. Tale sentenza è stata annotata criticamente da NIGRO, *L'art. 32 della legge urbanistica e l'individuazione degli interessi legittimi*, *ibid.*, e da MAZZAROLLI, *Doverosità dei provvedimenti successivi all'ordine di sospensione di costruzione contra jus*, in *Ciur. it.*, 1961, I, 1, 163, e favorevolmente, dal punto di vista che qui interessa, da SANDULLI, *Ancora sulla qualificazione giuridica degli interessi dei terzi alla demolizione da parte dell'autorità comunale delle costruzioni contra jus*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1334; cfr. anche CANNADÀ BARTOLI, *Principio soggettivo nel processo amministrativo e legittimazione a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1963, I, 331 e ss., nonché ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 196 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Decisione 24 novembre 1962, n. 14 (e da altra di pari data, portante il n. 13), pubblicata in *Giust. civ.*, 1963, II, 38, con nota di SANDULLI, *Repressione di abusi edilizi*, e in *Foro it.*, 1963, III, 60, con nota di richiami.

⁽⁷⁶⁾ Sentenza 14 febbraio 1964, n. 340, in *Foro it.*, 1964, I, 247.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. anche qualche decisione del Consiglio di Stato immediatamente successiva: Sez. V, 26 settembre 1964, n. 1098, in *Foro it.*, 1965, III, 160, con nota di richiami, e Sez. IV, 16 dicembre 1964, n. 1468, in *Foro amm.*, 1964, I, 2, 1415.

Su tutta la vicenda, cfr. ANDRIOLI, *Bilancio*, etc., cit., pag. 1629, nonché

Non importa qui saggiare la validità delle soluzioni accolte in relazione alle specifiche fattispecie, e non importa neppure analizzare in base a quali criteri è stato ritenuto che da una norma di azione scaturisca o meno la tutela di un interesse legittimo inteso come situazione giuridica sostanziale: su questo aspetto del tema si avrà occasione di tornare in seguito⁽⁷⁸⁾, ma ora preme trarre dai dati riportati quel significato che è più pertinente al punto trattato; si noterà, allora, come anche la giurisprudenza⁽⁷⁹⁾ che è tutta sostanzialmente sulla linea delle pronunce citate⁽⁸⁰⁾, emerga un orientamento perfettamente conforme alle esigenze prettamente dogmatiche della costruzione della nozione dell'interesse legittimo come una situazione giuridica sostanziale: non può essere considerato tale qualsiasi interesse di fatto comunque collegato con una norma di azione, anche se esso è sprovvisto di certi caratteri minimi, o anche se è sprovvisto di certi caratteri minimi il suo rapporto con la norma stessa; corrispondentemente, non ogni violazione di una norma di azione si traduce necessariamente in una violazione di interesse legittimo. Ciò permette di acquisire al ragionamento questo elemento: ogni definizione di interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica sostanziale, dunque, comunque essa voglia venire delineata, non può non portare alla profilazione di un'altra linea di delimitazione, oltre a quella già individuata tra illiceità e illegittimità dell'atto amministrativo, e che è da tracciarsi nell'ambito di quest'ultima: quella, cioè, tra illegittimità che si traduce in vio-

LANDI, *Demolizione di opere edilizie abusive... e travisamento della giurisprudenza*, in *Foro amm.*, 1971, II, 40 e ss.

Sui problemi conseguenti all'orientamento che la giurisprudenza ha quindi fermamente adottato, qui di più limitato interesse, v., oltre allo scritto di LANDI citato da ultimo, NIGRO, *In tema di repressione di abusi edilizi: discrezionalità e problemi eccentrici di tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1966, III, 238, e la giurisprudenza lì considerata.

⁽⁷⁸⁾ Cfr., *infra*, al paragrafo 12.

⁽⁷⁹⁾ A partire dalla interessante casistica citata da ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 724 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., inoltre, le pronunce che saranno citate in seguito, pag. 86 e ss.

lazione di interesse legittimo, e la residua illegittimità in senso stretto: ove si limiti alla prima l'oggetto della giurisdizione amministrativa, la seconda è, appunto il resto che si ottiene, sottraendo quella dall'area dalla quale il legislatore del 1865 ha escluso il giudice ordinario.

La critica della nozione di interesse legittimo non riguarda affatto, è evidente, il valore che il concetto può avere, sul terreno sostanziale, ai fini di una più raffinata ricostruzione dei rapporti materiali tra Amministrazione e privato, valore che, comunque, è altissimo, e anzi, pare in aumento⁽⁸¹⁾. La critica non si appunta neppure, almeno in questa fase del ragionamento, contro la tesi secondo la quale la giurisdizione amministrativa sarebbe in funzione di tutela di tale situazione giuridica del privato. Qui si dissente solo dall'orientamento secondo il quale la definizione dell'interesse legittimo giuocherebbe un ruolo decisivo nella determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; in particolare, si rileva che l'impostazione del problema di base, in termini di discriminazione tra le due giurisdizioni, è inaccettabile soprattutto se la soluzione di esso è affidata alla contrapposizione di tale posizione individuale al diritto soggettivo.

Si è già notato, infatti, che, quando si opera una distinzione concettuale, il valore della nozione che si ricava è funzione del valore di quella correlata, e di quella unitaria di partenza. Ebbene, la illegalità dell'azione amministrativa, comprensiva della illiceità-illegittimità dell'atto, pare un concetto preciso, il quale è perfettamente idoneo a dare una certa spiegazione del sistema della legge del 1865, il che vale quanto dire del nostro sistema di giustizia amministrativa, colto nel suo momento iniziale e determinante; e ciò, anche se una ricostruzione di quel sistema che voglia essere più aderente allo spirito del suo tempo, debba far ri-

⁽⁸¹⁾ E, in ogni caso, la dottrina sempre più concordemente è orientata in tal senso: cfr. per tutti, VILLATA, *L'esecuzione*, etc., cit., pagg. 438 e ss., le ampie indicazioni bibliografiche ivi date, ai quali adde, per la letteratura successiva, GIANNINI-PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, etc., cit., pagg. 250 e ss. Anche su questo punto, v., *infra*, al paragrafo n. 12.

corso a diversi strumenti concettuali, come si vedrà in seguito. Il complesso diritto soggettivo-interesse legittimo, viceversa, e la nozione unitaria che ne risulta, definibile come l'insieme delle posizioni di vantaggio del privato nei confronti dell'Amministrazione, è concetto assai più incerto nei contorni, e che non ha svolto un ruolo direttamente decisivo, nella formulazione legislativa, in nessun momento della progressiva formazione del sistema: anche a voler ritenere la definizione di esso conseguente alla ripartizione di giurisdizioni inaugurata nel 1889, ciò non di meno tale definizione stessa ha sempre un carattere derivato dalla precisazione delle due sfere di giurisdizione delimitate sulla base di elementi ricavati *aliunde*, e perciò secondario rispetto al valore dei risultati in tal modo ottenuti, e mai diretto e primario; soprattutto, il modulo dogmatico che si critica risulta completamente inidoneo a dare una spiegazione razionale del sistema delineato del legislatore del 1865.

Rispetto a quella che pare corretto accogliere, l'impostazione qui criticata propone che la discriminazione delle giurisdizioni venga delineata in relazione ad una nozione di partenza che è assai diversa da quella della illegalità dell'atto amministrativo, sia quantitativamente, perché non copre tutta l'area di questa, sia qualitativamente, perché riguarda situazioni giuridiche soggettive del privato. Anche per questo, essa falsa pure sotto un diverso profilo, forse il principale, la soluzione del problema: la contrapposizione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, infatti, comporta che tutti i tentativi di differenziazione siano compiuti in funzione di una distinzione tra due nozioni di per sé assai simili, come quelle di due situazioni giuridiche di uno stesso soggetto, e la difficoltà dell'impresa è provata dalla perdurante incertezza dei risultati ottenuti, malgrado che, come si è notato, è proprio su tale distinzione che si polarizzano gli sforzi dottrinali in materia. Non si tratta solo di rilevare l'inconveniente dell'adozione di una strada difficile: si deve osservare che, in tal modo, viene lasciato generalmente in ombra un altro, più incisivo, e

perciò più evidente profilo di differenziazione dell'interesse legittimo, rispetto all'oggetto della cognizione del giudice ordinario: ben più importante di ogni classificazione di esso nel quadro delle lesioni delle situazioni giuridiche del privato, è il rilievo che la violazione dell'interesse legittimo si iscrive, anzitutto, come una *species* in un *genus*, nella illegittimità dell'atto amministrativo; si può ammettere che tale violazione, in questo ambito costituisce l'elemento più vicino e più simile rispetto alla violazione del diritto soggettivo, ma questa contiguità, questa relativa omogeneità, non deve far dimenticare i rispettivi campi di appartenenza dell'una e dell'altra figura, tra le quali comunque il fossato è profondo e invalicabile: in altre parole, la collocazione, per così dire, delle due posizioni di vantaggio del privato è circostanza ben più rilevante di qualsiasi altro dato, o affinità o diversità di natura.

Queste ultime osservazioni risulteranno più chiare, forse, quando si tenterà di approfondire la distinzione tra illegittimità e illiceità dell'atto amministrativo, quando si cercherà di dar conto, cioè, anche partendo da un diverso e complementare punto di vista, rispetto a quello in precedenza considerato, del perché il legislatore del 1865 ha sottratto alla cognizione del giudice ordinario la illegittimità dell'atto, del perché, sembra, non poteva far diversamente. Qui preme completare i rilievi circa il ruolo che è stato attribuito all'interesse legittimo, per la discriminazione tra le due giurisdizioni, accennando una ipotesi sulla origine dell'orientamento che si critica.

Sembra che la definizione dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, sia stata la risposta che la maggior parte della dottrina — e qui basterà fare il nome di ZANOBINI, — ha fornito alla questione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa. Anche se, in certe sue formulazioni di avanguardia⁽⁸²⁾, tale definizione ha facilitato il processo, per così dire, di giurisdizionalizzazione delle funzioni della IV Sezione

⁽⁸²⁾ Cfr., per esempio, sull'interesse occasionalmente protetto, già MEUCCI, *Il principio organico*, etc., cit., pagg. 19 e ss.

del Consiglio di Stato, in connessione al noto orientamento dogmatico secondo il quale il concetto di giurisdizione presupporrebbe il concetto di situazione giuridica soggettiva, non vi è dubbio che il periodo di massimo splendore della nozione lo si ebbe solo dopo la definitiva vittoria della tesi della giurisdizionalità delle funzioni suddette, e anzi in relazione allo sviluppo del procedimento davanti al nuovo organo, come un vero e proprio processo, da ricondursi nel quadro di un diritto processuale generale: tutto questo, quindi, svitati decenni dopo non solo la legge del 1865, ma anche quella del 1889⁽⁸³⁾. Ebbene, l'equivoco si è formato, quando la soluzione della questione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa è stato preso come uno dei termini del problema della discriminazione tra le due giurisdizioni, con inconsapevole confusione di questo con quella⁽⁸⁴⁾.

Se la matrice di questo scambio logico è, chiaramente, di marca dottrinale, le conseguenze di esso anche per quel che riguarda la giurisprudenza sono assai notevoli: questa, come si sa, risolve in linea di principio la discriminazione tra le due giurisdizioni, contrapponendo la contestazione sull'esistenza del potere dell'amministrazione alla contestazione della illegittimità del suo esercizio; questo criterio può essere senz'altro accolto perché, come si vedrà, appare valido; esso, in particolare, non costituisce causa essenziale di una contraddizione giurisprudenziale che si vuole porre in risalto, la quale comunque discende inevitabilmente dall'impostazione che si critica del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario. Il vizio logico di aver tradotto questo problema, in quello della discriminazione tra

⁽⁸³⁾ Cfr. l'inquadramento temporale dello sviluppo del concetto di interesse legittimo, come interesse occasionalmente protetto, accennato da CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 108. È comunque diffuso nella letteratura il rilievo del collegamento tra lo sviluppo della tesi dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale, e la progressiva diffusione della tesi del carattere giurisdizionale delle funzioni esercitate dalla IV Sezione del Consiglio di Stato; per tutti, v. con precisione, TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., pagg. 6 e ss. e 15 e ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. CANNADA BARTOLI, *op. loc. ult. cit.*

le due giurisdizioni, diventa in ogni caso evidente, quando si confronta la giurisprudenza sul punto, con quella concernente la questione dell'oggetto del giudizio davanti al Consiglio di Stato, considerata in modo autonomo, e prescindendo, cioè, dalla tematica qui specificamente esaminata: in questo caso, come è assai noto, e come si è accennato in precedenza, la giurisprudenza, tanto del Consiglio di Stato quanto della Cassazione, almeno quando il problema è affrontato *ex professo*, e quindi deve essere risolto con affermazioni di principio, accolgono la tesi secondo la quale la giurisdizione amministrativa sarebbe a tutela di interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali, la cui lesione, appunto, costituirebbe l'oggetto del giudizio.

Non sarebbe il caso di ritornare sul punto, e di aggiungere altri richiami di giurisprudenza a quelli fatti poche pagine sopra⁽⁸⁵⁾, per sostenere che non ogni norma di azione tutela un interesse legittimo, per affermare la non coincidenza tra violazione dell'una e lesione dell'altro, se non apparisse opportuno accennare anche ad ulteriori conseguenze che dai principi suddetti vengono tratte in ordine alla legittimazione del ricorso. La giurisprudenza, dopo aver accolto la tesi del carattere sostanziale dell'interesse legittimo, e dopo aver scontato il corollario suddetto, e cioè che non da ogni norma di azione scaturisce la tutela di tale situazione giuridica soggettiva, anche quando questa connessione tra norma e interesse del privato può essere considerata esistente, afferma conseguentemente che il ricorso al Consiglio di Stato è proponibile solo a tutela di quell'interesse privato collegato alla disposizione che si assume essere stata violata, e non di un interesse diverso⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *supra*, pag. 78 e ss.

⁽⁸⁶⁾ Si consideri la seguente fattispecie: l'Amministrazione aveva autorizzato l'ampliamento di una costruzione entro la zona di rispetto di un cimitero, e un proprietario di un edificio limitrofo aveva impugnato il provvedimento adducendo la violazione della norma che tale zona impone, in funzione del proprio interesse a non vedere diminuita la visuale, l'aria, la luce etc. del proprio fabbricato; il Consiglio di Stato ha negato che il ricorrente chiedesse la tutela di un interesse sostanziale che potesse essere considerato come tutelato dalla norma di cui si affermava la violazione, giacché

Di più: anche quando la norma di azione tutela indirettamente un interesse privato, anche quando è quest'ultimo che viene

il ricorso era stato proposto in relazione ad interesse che si potrebbe genericamente definire come edilizio, mentre la norma in questione riguarda interessi di tutt'altra natura: igienici, di decoro del cimitero, etc.; interessi, naturalmente, anzitutto pubblici, ma dei quali non si può escludere la connessione anche con interessi privati vertenti sulla medesima materia: si pensi al ricorso che avrebbe potuto essere proposto dal proprietario di un sepolcro (Sez. IV, 9 luglio 1958, n. 576, in *Rass. giur. Cons. Stato*, 1958, I, 795; per riferimenti, sul potere del prefetto di autorizzare l'ampliamento di costruzioni nella zona di rispetto di un cimitero, cfr. BENVENUTI, *I limiti dello « jus aedificandi » e la natura giuridica della licenza edilizia*, in *Atti del secondo convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie*, Città di Castello-Roma, 1957, pag. 20).

E il medesimo principio è alla base di numerosissime decisioni, che costituiscono un orientamento generalmente noto; così, per una esemplificazione ridotta ai minimi termini, si ricorderà che è stata negata tutela all'interesse di un concessionario di una autolinea a impugnare la determinazione delle tariffe che un'azienda municipalizzata applica su una vicina autolinea urbana (Sez. IV, 10 gennaio 1958, n. 2, in *Foro amm.*, 1958, I, 1, 355; cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, s.a. ma 1962, pag. 121); all'interesse del gestore provvisorio di una farmacia a far valere la decadenza nella quale fosse incorso il vincitore del concorso per la farmacia stessa (Sez. IV, 26 giugno 1963, n. 496, *Foro it.*, Rep., 1963, voce *Farmacia*, n. 99), né le irregolarità del concorso stesso (Sez. IV, 11 marzo 1964, n. 128, *Foro it.*, Rep., 1964, voce *Farmacia*, n. 100; nello stesso ordine di idee v. ora anche Sez. IV, 19 giugno 1973, n. 650, *Foro it.*, Rep., 1973, III, 403 con nota di richiami), come all'interesse dell'insegnante stabile a impugnare il provvedimento di nomina in ruolo di altro insegnante destinato ad occupare la stessa cattedra: non esiste connessione tra l'interesse del ricorrente a conservare il posto, e quello pubblico alla regolarità della nomina in ruolo (Sez. VI, 19 dicembre 1964, n. 974, in *Foro amm.*, 1964, I, 2, 1494); all'interesse del progettista all'impugnazione del diniego di licenza edilizia (Sez. V, 25 ottobre 1957, n. 863, in *Foro amm.*, 1958, I, 2, 125). Come pure è stato dichiarato inammissibile l'intervento *ad opponendum* della società concessionaria di un servizio ferroviario, a tutela del demanio e del servizio ferroviario stesso, nel ricorso contro l'ordine di demolizione di una costruzione in violazione delle norme di tutela dei diversi interessi pubblici paesaggistici (Sez. VI, 4 maggio 1971, n. 381, in *Foro it.*, 1971, III, 345, con nota di richiami).

Naturalmente la giurisprudenza non è tutta univocamente in tal senso; e così, per completezza, si riportano delle decisioni che, in una materia così opinabile, si potrebbe affermare che si ispirino a diversi orientamenti: Sez. IV, 22 ottobre 1957, n. 901, in *Foro amm.*, 1958, I, 1, 179, per esempio, ha riconosciuto tutelabile l'interesse di un comune (nella specie, di Formia), a impugnare la concessione di una raffineria di olii minerali, da impiantare in una zona militare, anche eccedendo la violazione della norma che impone al ministro dell'industria, al quale la domanda relativa era stata rivolta, di comunicare la domanda stessa all'amministrazione militare: e ciò, anche se la norma che in tal modo sarebbe stata violata, sia posta nell'interesse esclusivo dell'amministrazione militare stessa. E Sez. V, 22 ottobre 1968, n. 1273, in *Foro it.*, Rep., 1969, voce *Opere pubbliche*, n. 202, ha ammesso che chi per la costruzione di

fatto valere in giudizio, è necessario che soggettivamente sia il suo titolare a proporre ricorso ⁽⁸⁷⁾. E qui il discorso tende insensibilmente a spostarsi verso altre nozioni, tende insensibilmente a coinvolgere anche l'interesse meramente processuale: infatti, anche se, sul piano dei concetti, la distinzione dall'interesse a ricorrere dell'interesse sostanziale oggetto del ricorso è limpida, quando si venga ad accettare che la giurisdizione amministrativa sia a tutela, appunto, di quest'ultimo, allora la riferibilità dei requisiti normalmente richiesti all'uno o all'altro di tali interessi diventa confusa ⁽⁸⁸⁾; ciò consente di ricollegare alla tematica qui considerata anche casi i quali potrebbero venire discussi anche sotto il profilo dell'interesse processuale. Viene ad emergere così in tutta la sua gravità uno dei principali problemi di oggi nella giustizia amministrativa: quello dei caratteri che un interesse debba avere, per poter essere considerato così « personale » e così « diretto », da consentire al suo titolare di ottenere la tutela giu-

un edificio scolastico veda diminuito il godimento della propria proprietà, possa dedurre il superamento dei limiti costruttivi previsti per quel tipo di edilizia dal d. Pres. Rep. 1 dicembre 1956, n. 1688, concernente l'approvazione di nuove norme per la compilazione di progetti di edifici ad uso delle scuole elementari e materne, il cui art. 1, elencando un primo gruppo di requisiti di tali costruzioni, inizia con l'indicazione che « Per corrispondere all'esigenze della scuola l'edificio deve... ».

⁽⁸⁷⁾ A questo proposito si può ricordare l'assai nota giurisprudenza in materia di violazione della norma che vieta che venga aperta una farmacia a distanza minore di cinquecento metri da una farmacia preesistente: è inammissibile il ricorso presentato per tale motivo da un terzo, titolare di un'altra farmacia, posta a distanza maggiore di quella ricordata, e che solo indirettamente si gioverebbe dell'annullamento dell'atto per la lesione di una norma dalla quale deriva una garanzia per interessi di soggetti diversi (le decisioni in tal senso sono assai numerose; a puro titolo esemplificativo, v. Sez. IV, 5 novembre 1957, n. 1001, in *Foro amm.*, 1958, I, 1, 251; Sez. IV, 22 ottobre 1958, n. 735, *ibid.*, 700; Sez. IV, 30 ottobre 1959, n. 1054, *id.*, 1959, I, 1184; v. anche, però, con importanti restrizioni, Sez. IV, 24 ottobre 1958, n. 757, *ibid.*, 730, che ha ammesso il ricorso del titolare di una farmacia, contro l'apertura di una farmacia a più di cinquecento metri, senza la normale procedura di concorso: qui la norma violata era diversa da quello che imponeva la distanza minima. Su questa giurisprudenza, cfr. le considerazioni di CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pagg. 618, 619).

⁽⁸⁸⁾ Cfr. già le considerazioni di TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., pag. 11.

risdizionale; problema che, come si sa, è risolto dalla giurisprudenza in senso pesantemente restrittivo ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Qui veramente le decisioni sono innumerevoli, e una esemplificazione che venga mantenuta entro limiti ragionevolmente corrispondenti all'economia del presente lavoro, può dare solo un'immagine assai incompleta e parziale dell'imponente giurisprudenza; per di più, è discutibile il raggruppamento in questa nota dei casi che ora si indicheranno, nei confronti dei raggruppamenti delineati nelle precedenti note 72, 86 e 87, come del resto le distinzioni accennate tra questi ultimi.

Con queste precisazioni, si ricorderà che è stata negata tutela all'interesse dei cittadini (come a quello del comune) al modo di espletazione del servizio farmaceutico (Sez. IV, 31 gennaio 1968, n. 121, in *Foro amm.*, 1958, I, 1, 413); all'interesse di un titolare di una farmacia ad impugnare l'istituzione o l'assegnazione di una farmacia in un altro comune, anche se contermine (Ad. gen. 13 febbraio 1964, n. 100, in *Foro it.*, 1965, voce *Farmacia*, n. 99); all'interesse a censurare il decreto col quale il presidente della regione siciliana aveva costituito l'Azienda Asfalti Siciliani, in sede di impugnazione del provvedimento regionale di concessione mineraria a questa, da parte di società alla quale tale concessione era stata viceversa negata (Cons. giust. amm. reg. sic., 30 aprile 1966, n. 363, in *Foro amm.*, 1966, I, 2, 1105); all'interesse a impugnare la deliberazione comunale che definisce i tipi e il numero delle vetture da noleggio di rimessa, da parte di chi tale noleggio esercita in un comune diverso (Sez. IV, 11 maggio 1966, n. 352, in *Foro it.*, 1967, III, 176, con nota di richiami); all'interesse di una impresa di pubblicità, a impugnare la deliberazione con la quale un comune aumenta le tariffe delle pubbliche affissioni: non vi è tutela giuridica contro il pregiudizio di mero fatto derivante dalla eventuale contrazione degli affari per effetto dell'aggravio tributario per gli utenti del servizio di pubblicità (Cons. giust. amm. reg. sic., 19 giugno 1971, n. 344, in *Foro amm.*, 1971, I, 2, 785); all'interesse degli albergatori ad impugnare l'autorizzazione ad impiantare nella zona impianti industriali inquinanti e quindi pregiudizievoli per il turismo (Sez. VI, 14 luglio 1972, n. 475, *Foro it.*, 1972, III, 269).

Vi è poi tutto il grosso problema della tutelabilità degli interessi di chi fa parte di una organizzazione, nei confronti degli atti che su questa organizzazione incidano: cfr. da ultimo Ad. plenaria 26 gennaio 1971, n. 1, in *Foro amm.*, 1971, I, 2, 395, che ha negato la tutelabilità degli interessi di un primario ospedaliero, ad opporsi alle modificazioni della struttura e della pianta organica dell'ospedale, dalle quali non derivino lesioni al suo status, e alla consistenza dei posti letto: al pubblico dipendente è data tutela solo per quel che riguarda l'esercizio delle funzioni della propria qualifica e il trattamento economico; il che pare veramente un po' poco, se confrontato con lo spirito dei tempi (cfr. già le considerazioni di SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pagg. 630 e ss., specialmente a pagg. 638 e ss.).

Naturalmente, non mancano le oscillazioni, o comunque le prese di posizione che tali possono sembrare, in una giurisprudenza così numerosa (e il cui inizio è praticamente coevo all'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato: per una indicazione episodica del problema in epoca meno recente, v. Sez. IV, 23 maggio 1931, in *Foro it.*, 1931, III, 364, che aveva considerato non tutelabile l'interesse di un comune e di una provincia, alle quali sarebbe spettata la sovrimposta, a impugnare il provve-

La definizione della giurisdizione amministrativa come una giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche sostanziali del ricorrente, comporta inevitabilmente, dunque, che il Consiglio di Stato possa conoscere non di ogni violazione di una norma di azione, ma solo di quelle violazioni che si traducano in lesione di interessi legittimi; e lo possa fare, solo quando il ricorso sia proposto a tutela dello specifico interesse connesso con la norma di azione, e da parte del titolare di esso. Più oltre si accennerà alle conseguenze che questa triplice limitazione comporta, in ordine al problema dei caratteri della giurisdizione amministrativa⁽⁹⁰⁾: qui preme porre in rilievo le incidenze sul diverso profilo che ora si esamina, di un orientamento giurisprudenziale che, per il momento, si accoglie acriticamente come un dato di fatto.

La giurisprudenza che si è sopra richiamata, dunque, costruisce il processo amministrativo come un processo a tutela di

dimento governativo di esonero dall'imposta fondiaria di taluni contribuenti, nella specie l'Opera Nazionale Combattenti; decisione da ricordare soprattutto per la nota critica di MIELE, *ivi*, *Il ricorso al Consiglio di Stato e le controversie tra soggetti attivi del potere di imposizione*, che si sviluppa in direzioni qui di minore interesse, ma che appare significativa alla luce delle successive prese di posizione di tale autore sui principali problemi della giustizia amministrativa, e che saranno appresso citate). Così, Cass., 13 maggio 1965, n. 964, in *Foro it.*, 1965, III, 1450, con nota di richiami, ha ammesso che i comuni abbiano un interesse tutelabile nell'impugnazione del decreto col quale un comune limitrofo venga dichiarato area depressa: la decisione confermata, Sez. V, 30 marzo 1963, n. 170, *id.*, 1963, III, 161, con nota di richiami, era arrivata a questa conclusione considerando che i vantaggi fiscali connessi con tale dichiarazione sono il compenso delle difficoltà di impianto che li incontrano le industrie; perciò, se l'area oggetto del decreto in realtà non è depressa, quei vantaggi distorcono il processo di industrializzazione, dirottandolo dai comuni contermini. E Sez. IV, 2 luglio 1969, n. 313, in *Foro it.*, 1969, III, 393, con nota di richiami, ha ammesso che contro il provvedimento col quale il ministro per il turismo dichiara un comune o parte di esso stazione di soggiorno e turismo, possa ricorrere chi esercita lì un'attività industriale e commerciale, per le addizionali tributarie che un simile atto comporta (questa decisione è considerata anche da CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, cit., pag. 22, che inoltre accenna ad altre interessanti pronunce).

Molto importante è poi Sez. VI, 14 luglio 1970, n. 589, in *Foro it.*, 1970, III, 345, con nota di PERA, che ha ammesso l'interesse degli armatori e dei titolari di industrie insediate in prossimità del porto di Venezia a impugnare i provvedimenti del provveditorato del porto in ordine alle tariffe del lavoro portuale.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. *infra*, ai paragrafi 24 e 25.

situazioni giuridiche sostanziali; corrispondentemente, essa, come si sa, tende a considerare la questione che si è venuta illustrando con gli esempi riportati, non dal punto di vista della sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere, o, in genere, di un semplice requisito, o presupposto del ricorso⁽⁹¹⁾, bensì da quello assai più essenziale della sussistenza o meno della medesima situazione sostanziale della quale si chiede tutela: nelle pronunce citate la distinzione tra interesse processuale al ricorso e interesse materiale oggetto di tutela è netta e esplicita. In tal modo, allora, la questione in parola diventa una vera e propria questione di giurisdizione, in ordine alla quale il Consiglio di Stato emette una decisione che è suscettibile di ricorso per Cassazione, ora in base all'art. 111, terzo comma, della Costituzione⁽⁹²⁾: solo così, del resto, si spiega come mai la Suprema Corte abbia avuto l'occasione di pronunciare quelle sentenze che si sono sopra ricordate. Proprio in base all'accoglimento di questo orientamento, appare ora evidente la inaccettabilità della impostazione che si critica, del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; l'impostazione, cioè, secondo la quale questa giurisdizione do-

⁽⁹¹⁾ Ciò, anche nell'ipotesi estrema, nella quale potrebbe sembrare che il ricorso sia presentato a tutela di un interesse astrattamente tutelato dalla norma, ma da parte di un soggetto diverso dal suo titolare: esempio tipico, quello sopra citato, del proprietario di una farmacia sita a più di cinquecento metri da quella la cui apertura sia stata illegittimamente permessa: in casi del genere, infatti, il problema è colto sotto il profilo della mancanza di tutela oggettiva dell'interesse di questo soggetto.

⁽⁹²⁾ Per quanto, anche in questo ordine di idee il problema possa dirsi risolto solo in apparenza: come si è appena accennato, infatti, è tutt'altro che chiaro quando l'interesse della cui sussistenza si discute, sia quello oggetto del giudizio, con la conseguenza che la decisione del giudice amministrativo sul punto è impugnabile davanti alla Cassazione, in quanto incidente su motivi attinenti alla giurisdizione, e quando, viceversa, esso sia l'interesse a ricorrere, con opposte conseguenze circa quella impugnabilità; un esempio: tra le tante pronunce, v. Cass., 17 novembre 1966, n. 2774, in *Foro it.*, 1967, I, 1736, che ha dichiarato non impugnabile una decisione nella quale il Consiglio di Stato aveva dichiarato legittimato a ricorrere contro una licenza edilizia un proprietario non frontista: la questione era stata vista in termini di sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere; ma perché non la si sarebbe potuta imposta in termini di sussistenza o meno di interesse sostanziale tutelato?

rebbe essere direttamente contrapposta a quella del giudice amministrativo, talché il limite della prima venga anche a costituire il limite della seconda. Come si è anticipato, si può senz'altro utilizzare il criterio di discriminazione tra le due giurisdizioni che è normalmente accolto dalla giurisprudenza, basato sulla contrapposizione della contestazione della legittimità dell'esercizio del potere, alla contestazione sulla esistenza stessa di questo: si dovrebbe formare per prima, allora, la proposizione secondo la quale l'esistenza (o la non contestazione) del potere dell'Amministrazione del quale l'atto è esplicazione, esclude la giurisdizione del giudice ordinario; e nel quadro della impostazione che si critica, questa esclusione non potrebbe non equivalere all'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo; ma non pare dubbio che, proprio se si connette tale giurisdizione all'interesse legittimo inteso come situazione giuridica sostanziale, una simile conseguenza risulti del tutto inaccettabile: in questo ordine di idee, se si può benissimo configurare il potere dell'Amministrazione, la sua esistenza, come il limite (negativo) della giurisdizione civile, in nessun modo esso può essere considerato allo stesso tempo anche come il limite (positivo) di quella amministrativa. Lo iato è incolmabile, ed è indice di una sfasatura la quale non pare riguardare la connessione delle conclusioni con le premesse da cui sono tratte, e che quindi non può non concernere l'impostazione stessa del problema.

Queste, le ragioni che giustificano l'impostazione sulla quale si basa il presente lavoro, e che spiegano anche una peculiarità, almeno apparente, di esso, in relazione al suo titolo: tale titolo fa esplicito riferimento alla giurisdizione amministrativa, della quale, peraltro, non si farà in seguito altro che scarsi cenni espliciti⁽⁹³⁾, perché il discorso riguarderà in un modo che potrà sembrare esclusivo, la giurisdizione ordinaria e i limiti nel suo og-

⁽⁹³⁾ Cfr. però, *infra*, pag. 143 e ss., e soprattutto gli spunti critici ai paragrafi 24 e 25.

getto. Senza dubbio, la impostazione che si è cercato di indicare come la più esatta, obbliga all'accoglimento di questo specifico angolo visuale; ma le apparenze non devono ingannare: secondo l'ordine di idee che si propone, da tale angolo si esaminerà sostanzialmente tutta la problematica considerata comunemente sotto il profilo della c.d. discriminazione tra le due giurisdizioni, e, in particolare, si verrà a definire l'oggetto di quella amministrativa, se non altro indicando il limite estremo di esso. S'intende che la completa definizione di tale oggetto, conseguirà alla precisazione dei suoi caratteri anche per altro verso, ossia per quel che riguarda il suo nesso con la mera illegittimità dell'atto amministrativo, oppure con la violazione di interessi legittimi intesi come una situazione giuridica sostanziale del privato: problema, questo, al quale si accennerà soprattutto negli ultimi paragrafi di questo scritto, ma che potrà essere trattato, però, solo in un altro lavoro, che sia ad esso esclusivamente dedicato.

Alla linea di ragionamento qui seguita, ai rilievi critici e alla impostazione ricostruttiva qui proposta, potrebbe essere rimproverato un attaccamento eccessivo all'epoca di formazione della legislazione del 1865-89, e alla situazione allora esistente, con svalutazione della evoluzione interpretativa che il sistema ha avuto in seguito, e con distacco dai termini nei quali si pongono oggi i problemi esaminati: il quadro attuale è dominato dalle due giurisdizioni e, in primo piano c'è il problema dei loro diretti rapporti; d'altronde, l'importanza della situazione che si è venuta a creare, in quanto tale, con corrispondente passaggio in secondo piano delle sue origini, pare sottolineata e aumentata da un'altra considerazione: quella tra le due giurisdizioni che è più recente come istituzione di organi e definizione di funzioni, sta progressivamente assorbendo l'oggetto di quella più antica e tradizionale⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁴⁾ Sul carattere residuale e sporadico della competenza che sarebbe attualmente attribuita al giudice ordinario, nei confronti dell'Amministrazione, in quanto

Ad obiezioni del genere, pare che si debbano opporre due repliche: la prima, che, come si è già osservato, l'insieme delle risposte che la dottrina dà ai problemi in discussione, pare così incerta, e spesso così contraddittoria, da ritenere che l'unica via d'uscita da questa situazione sia ripercorrere passo passo l'evoluzione del sistema, rendendosi conto, volta a volta, delle cause e della portata delle modificazioni introdotte in via legislativa, o di interpretazione. La seconda, che non si può rinunciare ad una valutazione critica della validità di queste ultime, anche se per avventura avessero acquistato la consistenza di consuetudini interpretative⁽⁹⁵⁾. In altre parole, non può essere ridotto nella prospettiva puramente dogmatica, di ricostruzione sistematica della disciplina positiva sulla base degli elementi offerti dalla realtà effettuale di oggi, in prima linea dalla attuale giurisprudenza, un problema che è, anzitutto, di comprensione di una evoluzione storica.

8. *La necessità di tradurre in termini di situazioni giuridiche soggettive la accennata determinazione della giurisdizione del giudice ordinario; il diritto del privato ha per limite il correlato diritto dell'Amministrazione.* — Fin qui, dunque, gli sviluppi della linea di un ragionamento condotto nella circoscritta prospettiva delle forme che può assumere il contrasto dell'atto dell'Amministrazione con la norma.

I risultati per tale via raggiunti non paiono irrilevanti: la validità dell'impostazione del problema dei limiti della giurisdizione ordinaria, ricondotta all'interno del sistema delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, sembra trovarsi

titolare di poteri d'imperio, cfr. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 66 e ss.; cfr. anche MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa*, cit., pag. 17 e ss.; ANDRIOLI, *Bilancio*, etc., cit., pag. 1639.

Sul punto, cfr., *infra*, i paragrafi nn. 18 e 19, e le pagg. 284 e ss.

⁽⁹⁵⁾ Sul carattere creativo delle scelte giurisprudenziali, le quali si sarebbero poi consolidate come consuetudine interpretativa, cfr. soprattutto GIANNINI, *Discorso generale*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 14 e ss.; sul problema, v., *infra*, al paragrafo 17.

confermata, così come sembra riuscire precisata la portata della divergenza delle sue implicazioni e delle sue conseguenze, rispetto a quelle della più comune impostazione di un raffronto, di un riparto diretto di giurisdizione tra il giudice ordinario e quello amministrativo.

Ma i limiti dell'angolo visuale momentaneamente adottato cominciano ormai ad affiorare: come si era già anticipato, appare non aderente al sistema tracciato dal legislatore del 1865 una sua ricostruzione la quale ponga in primo piano la posizione del soggetto pubblico del rapporto amministrativo, la sua azione, le illegalità di questa, non meno della corrente, criticata accentuazione esclusiva della posizione del soggetto privato di quel medesimo rapporto, delle sue situazioni giuridiche, delle lesioni di queste. E il punto di partenza per illustrare meglio in che senso e in quale misura la prospettiva che ora occorre abbandonare risulti sbilanciata, sembra offerto da una considerazione relativa ad un aspetto di essa che con maggiore immediatezza palesa la sua insufficienza: la nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, contrapposta a quella di illiceità-violazione del diritto soggettivo del privato, può offrire una prima definizione di quel che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo ha sottratto alla cognizione del giudice ordinario, ma di per sé non spiega le ragioni di questa sottrazione; e non le può spiegare, sembra, per un motivo di fondo: la sua formulazione, l'esplicita esclusione di ogni suo nesso specifico con posizioni di vantaggio del privato, non compensata dalla precisazione di un collegamento con situazioni giuridiche di altri soggetti, la rendono del tutto priva di una sua propria dimensione del quadro, appunto, della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: è evidente, allora, una stridente mancanza di coordinamento col concetto correlato, che delimita la giurisdizione del giudice ordinario, concetto il quale, al contrario, in tale prospettiva acquista il suo maggiore significato; e, da questo punto di vista, poco conta che la lesione del diritto soggettivo del privato possa sempre essere logicamente risolta

nella violazione della norma che oggettivamente tale diritto tutela, dal momento che in ogni caso è pur sempre quel diritto soggettivo stesso che si pone come il fattore insostituibile di qualificazione di quelle norme medesime, rispetto alle diverse norme, con tale diritto non collegate.

Di più: la nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, finché resta delineata solo nell'ordine di idee che si cerca di superare, non è riportata su quel piano del diritto in senso soggettivo, che è di gran lunga predominante nella nostra dogmatica giuridica.

Sarebbe assurdo, evidentemente, ritenere che l'esclusione di un collegamento necessario della illegittimità dell'atto amministrativo con la lesione di situazioni giuridiche del privato, comportasse anche una specie di radiazione dell'illegittimità stessa dal piano delle situazioni giuridiche soggettive in generale: quasi che esistessero delle parti del diritto concettualizzabili in termini soggettivi, e altri, viceversa, solo in termini oggettivi; quasi che i diritti soggettivi del privato, i limiti della giurisdizione del giudice ordinario, segnassero, sotto questo profilo, anche i limiti della regione del diritto in senso soggettivo.

Diritto in senso soggettivo, diritto in senso oggettivo, si sa, sono viceversa anzitutto dei moduli concettuali, dei sistemi di pensiero diversi, irriducibilmente opposti, anzi, che però, potenzialmente, sono ambedue atti comprendere con interesse, anche se con esclusività, il fenomeno giuridico; sono, comunque, punti di vista da entrambi i quali è possibile descrivere una data situazione normativa⁽⁹⁶⁾.

Ciò comporta, tra l'altro, precisi corollari dogmatici in ordine alla impostazione dei problemi qui trattati; conseguenze

(96) La letteratura in argomento è vastissima; ci si limiterà a indicare, perciò, che nel testo si accoglie l'ordine di idee esposto nello stimolante saggio di ORNSTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, pag. 149 e ss.; cfr. anche, dello stesso autore, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, pag. 35 e ss., e *L'azione in generale*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. IV, *passim*. ma specialmente pag. 790 e ss.

le quali, se non sono esplicitamente respinte, talvolta sono trascurate, o non tenute presenti, con conseguenti equivoci, o vizi logici nel ragionamento: converrà accennare brevemente ad essi. Può darsi che, ad un giudice ordinario, la cui giurisdizione è descritta in termini di diritto in senso soggettivo, debba contrapporsi un giudice amministrativo, la cui giurisdizione sia definita, in modo primario, come di mero diritto oggettivo: questa, almeno, è l'opinione che appare preferibile; ebbene, il contrappunto diritto in senso soggettivo-diritto in senso oggettivo, se può rendere con evidenza la diversità di natura delle due giurisdizioni, in nessun modo può essere d'aiuto nella determinazione della ripartizione delle competenze tra di esse; anzi, il ricorso a tale contrapposizione, complica, e rende addirittura insolubile il problema: da un lato, infatti, parte della illegittimità dell'atto amministrativo, e precisamente quella che si ricollega alla violazione di norme di azione che tutelano interessi legittimi, è apprezzabile come lesione di situazioni giuridiche soggettive del privato; e, d'altra parte, tutte le lesioni di diritti soggettivi sono valutabili, è ovvio, come violazioni di norme oggettive; perciò, chi, sulla base del carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa, tendesse a ricomprendere nella competenza di questa tutto quello che è concettualizzabile in termini, appunto, oggettivi, si avvierebbe su una strada al cui sbocco c'è il trasferimento al Consiglio di Stato dell'intera giurisdizione del giudice ordinario; e chi, correlativamente, tendesse a riferire al giudice ordinario gli interessi del privato, soggettivabili come situazioni giuridiche sostanziali, potrebbe arrivare, al limite, fino a lasciare al giudice amministrativo solo la giurisdizione sulla illegittimità in senso stretto dell'atto. Si intuisce che almeno alcune delle oscillazioni che si registrano, in relazione a singole fattispecie, sulla linea di confine tra giudice ordinario e giudice amministrativo, possano essere dovute ad un inconsapevole scambio dei piani soggettivo e oggettivo.

D'altronde, anche distinguendo rigorosamente il diritto soggettivo dall'interesse legittimo, la lesione di esso, in quanto tale,

non potrà mai fornire la chiave di una sua distinzione, di una delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario, nei confronti di una illegittimità dell'atto, che venga concepita unicamente in termini oggettivi: i piani concettuali sono diversi, senza possibilità d'incontro, e le nozioni che possono venire delineate sull'uno e sull'altro, comunque vengano definite, non possono mai presentare punti di contatto. Domandarsi in che modo la violazione del diritto soggettivo, in quanto tale, possa distinguersi dalla illegittimità dell'atto amministrativo, non ha più senso che chiedersi in che cosa, per esempio, un quadrato differisca da un cono: ogni comparazione presuppone, è ovvio, l'omogeneità dei suoi termini.

Se, dunque, è sul piano del diritto in senso soggettivo che la giurisdizione del giudice ordinario, la nozione alla quale essa è connessa, trovano la loro collocazione primaria, è sul medesimo piano che in qualche modo deve essere riportata anche la nozione di illegittimità dell'atto amministrativo la quale, nella contrapposizione con il concetto di illiceità-violazione del diritto soggettivo, definisce quel che a tale giurisdizione sfugge.

Questa trasposizione non è solo un necessario approfondimento dogmatico dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: essa è anche indispensabile strumento per la ricostruzione storicamente fedele di questi; il legislatore del 1865, come è ben noto, operava, infatti, in un ambiente concettuale nel quale il modulo di pensiero senza confronto prevalente era quello del diritto in senso soggettivo; dominavano, allora, le concezioni di derivazione pandettistica, le quali, come si sa, risolvevano il fenomeno giuridico nei soggetti di diritti, nei loro attributi e nelle loro posizioni⁽⁹⁷⁾. Non è lecito ritenere che, nel quadro delle prospettive di questa dogmatica⁽⁹⁸⁾, i limiti della giurisdizione del giudice ordinario potessero essere pensati e quindi definiti le-

⁽⁹⁷⁾ Cfr. le puntuali considerazioni di ROMANO (FRANCESCO), *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli s.a. (ma 1967), specialmente pag. 52.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. BENVENUTI, *Mito*, etc., cit., pagg. 174 e ss.

gislativamente altrimenti che nei confronti di un quadro concettuale di situazioni giuridiche soggettive⁽⁹⁹⁾.

Se il ragionamento viene impostato in questo diverso ordine di idee, la conclusione del discorso si profila subito come intuitiva, prima ancora che raggiungibile mediante una puntuale dimostrazione. E, allo stesso tempo, non solo si precisa mediante correzioni nei sensi indicati la prospettiva che appare preferibile: non solo si riequilibrano nei loro rapporti reciproci la posizione dell'Amministrazione e quella del privato, non solo si riporta intiero sul piano del diritto in senso soggettivo il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; è la stessa soluzione di questo che, sulla base delle considerazioni che si erano in precedenza svolte, in parte anche seguendo sviluppi logici poi rivelatisi non definitivi ed esaurienti, appare ormai come ovvia ed evidente, almeno per quel che riguarda le enunciazioni di principio: i limiti della giurisdizione del giudice ordinario, e, prima ancora, i limiti del diritto soggettivo del privato da esso tutelati, i limiti della sua sfera giuridica, non possono essere definiti altro che nei confronti dei limiti dei diritti soggettivi, dei limiti della sfera giuridica di un diverso soggetto; e quale sia questo diverso soggetto, è a sua volta ovvio ed evidente: esso non può essere altro che il soggetto che al privato si contrappone nel rapporto amministrativo, non può essere altro che la pubblica Amministrazione medesima⁽¹⁰⁰⁾.

Adesso, appena adottato questo punto di vista, sembra che tutti i pezzi del mosaico vadano a posto quasi da soli: si comincerà con l'osservare che in tal modo la nozione di illegittimità dell'atto amministrativo, che definisce quel che il legislatore del

⁽⁹⁹⁾ E ciò è confermato, e anzi si concreta in tutta la costruzione della pubblica Amministrazione come parte; v. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., specialmente pagg. 3 e ss., 100 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Sulla trasformazione che questa contrapposizione avrebbe avuto negli ordinamenti contemporanei, ma con una impostazione e con sviluppi che, seppure suggestivi e stimolanti, non appaiono condivisibili dal punto di vista proposto nel presente lavoro, cfr. ancora ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, specialmente pagg. 101 e ss.

1865 ha sottratto alla cognizione del giudice ordinario, viene riportata sul piano del diritto in senso soggettivo; non già collegandola ad una situazione del privato — basterà richiamare al riguardo quanto si osserverà tra poche righe — bensì riconnettendola ad una situazione dell'Amministrazione: essa, infatti, definisce il contrasto dell'atto amministrativo con norme le quali, secondo schemi che si cercherà di precisare nella seconda parte del presente lavoro, disciplinano comportamenti del soggetto pubblico tutti costituenti esercizio di un diritto soggettivo (*rectius*: potere) di questo.

D'altra parte, se si pone alla base del sistema delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo la contrapposizione del diritto soggettivo dell'Amministrativo al diritto soggettivo del privato, è evidente che una ricostruzione di esso deve comportare una considerazione globale del rapporto tra tali due soggetti che in questo modo viene configurato: perciò, deve essere valutata come unilaterale, e quindi arbitraria, ogni impostazione che accolga come preminente l'angolo visuale delle posizioni o delle azioni di uno solo dei protagonisti di quel rapporto medesimo.

Infine, e qui si riprende un profilo il cui approfondimento era stato lasciato sospeso in precedenza, sembra indubbio che diritto soggettivo del privato e diritto soggettivo dell'Amministrazione siano due concetti assolutamente omogenei tra di loro; e che quindi possano porsi come parti di una nozione unitaria parimenti omogenea, che l'uno e l'altro ricomprenda, nel cui ambito sia tracciabile il limite della giurisdizione ordinaria: tale nozione è definibile nei confronti dell'insieme delle posizioni di vantaggio nel rapporto amministrativo; non di quelle di un solo soggetto di tale rapporto, il privato, come si ha nella criticata impostazione della distinzione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo; bensì di quelle individuabili in una prospettiva più completa, la quale abbracci le situazioni di ambedue i soggetti di quel rapporto medesimo: qui il discorso si riallaccia a quanto osservato sopra.

Per essere più esatti, il limite della giurisdizione del giudice ordinario, più che essere delineato nell'ambito di tale nozione unitaria, deve essere definito in ordine a quel che essa rappresenta: ossia l'assetto della relazione tra cittadino e Amministrazione, che risulta dalla contrapposizione del diritto soggettivo dell'uno al diritto soggettivo dell'altra; assetto, di cui il giudice ordinario stesso è garante. Ma si tratta di uno spunto sul quale si ritornerà tra breve.

9. *La mutua implicazione del diritto del privato con quello dell'Amministrazione; la funzione del giudice ordinario, di tutela del rispetto della linea di confine che separa l'una situazione giuridica soggettiva dall'altra.* — La tesi che ai diritti soggettivi, alla sfera giuridica del privato, ai quali, secondo la struttura e la formulazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, è agganciata la giurisdizione del giudice ordinario, si contrappongano, all'interno del sistema di quella legge medesima, i diritti soggettivi, la sfera giuridica dell'Amministrazione⁽¹⁰¹⁾, non è certo nuova: assai comune nella prima giurisprudenza che si è formata sulla base della legislazione del 1865⁽¹⁰²⁾,

(101) Cfr. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, pagg. 9 e ss.

(102) Può stupire che la giurisprudenza alla quale si fa riferimento, sostanzialmente analoga, almeno in linea di massima, a quella riportata da CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 94 e ss., venga qui interpretata in modo tanto divergente da quanto proposto da tale autore; in particolare, può stupire che qui si affermi che la giurisprudenza attuale è sostanzialmente nello stesso senso di quella richiamata, mentre tanta parte delle tesi del CANNADA BARTOLI concerne il sostenuto allontanamento della prima, dai criteri accolti dalla seconda. In ordine a ciò, si devono svolgere due osservazioni: in primo luogo, la sostanziale identità qui affermata riguarda anzitutto i principi ai quali si attiene, o dice di attenersi la giurisprudenza, tanto ai nostri tempi, quanto ai tempi più vicini all'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo; le divergenze riscontrate dall'autore citato, sembrano piuttosto riguardare il concreto regolamento che alle singole fattispecie hanno dato e danno sentenze recenti e meno recenti. In secondo luogo, queste divergenze, nella loro portata così formulata, non vengono qui contestate, ma saranno in seguito spiegate in modo diverso da quello prospettato dal CANNADA BARTOLI stesso: ossia, non mediante il riferimento a variazioni di interpretazione della regola della giurisdizione del giudice ordinario, bensì sulla base di variazioni di disciplina del rapporto sostanziale.

è l'affermazione che al giudice ordinario sia precluso il sindacato sulla legittimità di quegli tra gli atti amministrativi i quali, anche se emanati in affermata violazione di legge, costituiscano pur sempre esercizio di attribuzioni dell'Amministrazione⁽¹⁰³⁾; orientamento, questo, che si basa su un presupposto evidente anche quando non sia esplicitamente indicato: che l'esistenza di una attribuzione dell'Amministrazione alla quale sia comunque riconducibile l'atto in questione, escluda di per se sola la sussistenza di un diritto soggettivo del privato le cui esigenze di tutela fondino la giurisdizione del giudice ordinario; e, s'intende, viceversa. Prese di posizione analoghe, esplicite o chiaramente presupposte, sono anche frequenti nella dottrina più vicina nel tempo alla legislazione del 1865-1889⁽¹⁰⁴⁾.

Più recentemente, lo stesso ordine di idee è stato sostenuto con particolare organicità e precisione, come tutti sanno, dal GUICCIARDI⁽¹⁰⁵⁾, ma è anche condiviso, almeno parzialmente, da

⁽¹⁰³⁾ Tra le tante sentenze in questo senso cfr., come particolarmente significative per la chiarezza dell'affermazione del principio che gli atti amministrativi emessi entro le attribuzioni dell'Amministrazione, rimangono insindacabili per il giudice ordinario: App. Torino, 23 febbraio 1866, in *Repertorio generale di giurisprudenza a cura di Pacifici Mazzoni*, anni 1866-75, voce *Competenza e giurisdizione*, n. 16; Consiglio di Stato, 25 giugno 1870, *ibid.*, n. 14; *id.*, 25 gennaio 1870, *ibid.*, n. 17; Cass. Napoli 9 agosto 1871, *ibid.*, n. 12; Consiglio di Stato, 2 luglio 1868, *ibid.*, n. 446; App. Venezia 1 luglio 1873, *ibid.*, n. 485; Cass. Torino, 19 maggio 1873, *ibid.*, n. 474.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 415 e ss.; cfr. anche MEUCCI, *Il principio organico*, cit., pag. 14.

⁽¹⁰⁵⁾ *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 33 e ss.; si è notato in precedenza, nel testo, che il pensiero di questo autore, nella sua versione originale, si presenta più ricco e più complesso delle sue sintesi correnti nella letteratura sull'argomento; ciò risulta chiaramente dalla possibilità di richiamare la costruzione guicciardiana, nella prospettiva dei rapporti intersoggettivi tra Amministrazione e privato, e quindi sul piano del diritto in senso soggettivo, quando in precedenza si era posto in rilievo l'impostazione, parimenti compresa in quella costruzione, esclusivamente basata sull'atto amministrativo, sulle sue qualificazioni e tipi di invalidità, e quindi, in ultima analisi, su un piano puramente oggettivo.

Molto importante è anche la posizione di TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., specialmente pagg. 50 e ss.

autori come MIELE⁽¹⁰⁶⁾, SANDULLI⁽¹⁰⁷⁾, e altri⁽¹⁰⁸⁾, i quali hanno posizioni dogmatiche da altri punti di vista nettamente differenziate.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova 1960, pag. 56, dove nella definizione dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale, è messo nettamente l'accento sulla circostanza che quella posizione di vantaggio del privato è collegata con l'esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione. Ma molto importante per la ricostruzione del pensiero di questo autore, oltre alla relazione *Passato e presente*, etc., più volte citata, è lo scritto nel *Foro amm.*, del 1940, IV, 49 ss.: *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*; significative sono anche le *Osservazioni in tema di noleggior obbligatorio*, in *Riv. dir. navigaz.*, 1950, II, 51.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, specialmente per quel che concerne la definizione dell'interesse legittimo, pagg. 40 e ss. Ma non meno significativi sono altri scritti, minori per mole: per esempio, *Mancanza della dichiarazione di pubblica utilità e potere di espropriazione*, in *Giust. civ.*, 1960, I, 881 e ss.; *In tema di giurisdizione nei confronti dei decreti di assoggettamento di enti pubblici al controllo della Corte dei Conti*, *id.*, 1964, I, 1336; per qualche accenno, cfr. anche *Abilitazioni - Autorizzazioni - Licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, specialmente pag. 9.

⁽¹⁰⁸⁾ È difficile, e può essere addirittura arbitrario fare riferimenti a prese di posizione di autori le cui concezioni, poi, per altro verso, si sviluppano in prospettive molto diverse; cfr., comunque, l'impostazione di BENVENUTI, nella voce *Giustizia amministrativa*, pagg. 589 e ss. nonchè CANNADA-BARTOLI, il quale, pur sostenendo nei suoi scritti tesi assai divergenti da quanto si viene qui proponendo, pure talvolta arriva a formulazioni al contrario a questo assai vicine: v. da ultimo la voce *Interesse*, cit., pag. 11.

Dallo specifico punto di vista di queste pagine, non appare qui inconciliabile la stessa teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, o della c.d. degradazione del diritto soggettivo, che deriverebbe da esso: teoria, sulla quale v. i rilievi critici *infra*, al paragrafo n. 17.

Da un diverso angolo visuale, cfr. tutta la particolare impostazione di KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., *passim*. D'altro canto, sarebbe impossibile dare un conto esauriente di tutte le prese di posizione in una imponente letteratura nei confronti di un criterio di determinazione della giurisdizione ordinaria che è ben noto anche per l'utilizzazione pratica che di esso fa la giurisprudenza; è a puro titolo esemplificativo, perciò, che si indicano a questo proposito alcuni scritti, scelti tra i più recenti: SATTA (FILIPPO), *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pagg. 567 e ss.; DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 100 e ss.; VIL-LATA, *L'esecuzione del giudicato*, cit., pagg. 114 e ss.; ANCELETTI, *Tutela del possesso*, cit., *passim*, ma specialmente pagg. 40 e ss., 95 e ss., 111 e ss.; PIRAS, *Interesse legittimo*, etc., cit., vol. II, pagg. 225 e ss..

Nella letteratura di teoria generale, cfr. infine SPERDUTI, *Contributo alla teoria*, etc., cit., pagg. 81 e ss.

Soprattutto, la giurisprudenza ⁽¹⁰⁹⁾, come si sa, risolve il problema della ripartizione di competenza tra le due giurisdizioni, sul-

⁽¹⁰⁹⁾ In innumerevoli pronunce, (come si sa: perciò, il richiamo che qui è necessariamente limitato solo ad alcune di esse, e che pure è indispensabile per dare concretezza al discorso, anche mediante l'illustrazione delle conseguenze pratiche alle quali porta, non può avere che un valore esemplificativo di un orientamento in realtà ben più ricco e complesso; v. Cass., 18 giugno 1962, n. 1527, in *Foro amm.*, 1963, II, 75, che ha negato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione da parte dei soci di un ente pubblico (nella specie, l'Automobil Club), della deliberazione con la quale questo ha mutato il sistema di approvazione di determinate delibere dalla votazione in assemblea al referendum; Sez. V, 28 agosto 1963, n. 762, in *Foro it.*, 1963, III, 329, con nota di richiami, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso di un assessore comunale contro la deliberazione consiliare di revoca di esso (ma, in senso contrario, Cons. giust. amm. reg. sic., 23 febbraio 1967, n. 81, in *Foro amm.*, 1967, I, 2, 271, con richiamo di precedenti); Cass., 28 aprile 1964, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1336 (con nota di SANDULLI, *In materia di giurisdizione*, etc., cit.), che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sui decreti presidenziali che assoggettano enti pubblici (nella specie, l'Automobil Club), al controllo della Corte dei Conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259 (la giurisprudenza è consolidata in questo senso, in numerose pronunce su episodi di una vicenda di grande importanza); Cass. 18 febbraio 1965, n. 274, in *Foro it.*, 1965, I, 631, che ha affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso del concessionario di un'area del demanio marittimo, contro l'ordine di demolizione del sindaco, di un cantiere che aveva lì costruito senza la licenza edilizia comunale (la vicenda si era svolta, evidentemente, prima dell'entrata in vigore dell'art. 10 della legge 6 agosto 1967, n. 765); Cass., 7 aprile 1965, n. 592, in *Foro amm.*, 1965, I, 1, 231, che ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione ordinaria sull'impugnazione di un proprietario di un canale laterale ad una strada pubblica dell'atto col quale il prefetto gli aveva ingiunto di pagare una somma a titolo di contravvenzione per la mancata manutenzione di esso, impugnazione basata sull'insussistenza di tale presupposto; Cass., 24 maggio 1966, n. 1321, in *Foro amm.*, 1966, I, 1, 460 che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario per la declaratoria di illiceità di una sanzione amministrativa per la violazione dei criteri tecnici di coltivazione per il conseguimento del razionale sfruttamento del suolo col massimo assorbimento di mano d'opera, da parte del proprietario del fondo sottoposto al vincolo idrogeologico; Cass., 30 gennaio 1967, n. 251, in *Foro it.*, 1967, I, 744, con nota di richiami, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario per la declaratoria di illiceità degli atti con i quali un comune fornito di centrale del latte, impedisce l'introduzione e la vendita nel suo territorio di una preparazione latte speciale; Cass., 12 giugno 1967, n. 1314, *ibid.*, 1772, con nota di richiami, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia tra il privato che ha avuto la concessione di un contributo per la ricostruzione e la riparazione di immobili danneggiati per fatto bellico, e l'amministrazione che ne pretende la restituzione a seguito dall'annullamento d'ufficio del provvedimento (ma in senso contrario v. Ad. plenaria, 7 novembre 1967, n. 13, e Sez. IV, 12 gennaio 1968, n. 6, ambedue in *Foro it.*, 1968, III, 118, con nota di richiami); Sez. V, 14 febbraio 1967, n. 122, *ibid.*, III, 258 con nota di richiami che ha dichiarato il difetto di giu-

la base della antitesi della illegittimità dell'esercizio del potere dell'Amministrazione, alla inesistenza di esso ⁽¹¹⁰⁾: con questo orientamento, essa non solo accoglie il criterio di distinzione più esatto sistematicamente, e più efficace e di più pratico impiego in sede applicativa ⁽¹¹¹⁾, ma rivela anche una notevolissima sensibilità sto-

risdizione del giudice amministrativo sulla impugnazione della norma del regolamento per la fognatura del comune di Napoli attributiva del potere di imporre all'interno di edifici privati una servitù di passaggio del condotto di scarico; Cass., 26 aprile 1968, n. 1265, in *Foro it.*, 1968, I, 1450, con nota di richiami, che ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa sul ricorso, per difetto di presupposti, contro il decreto col quale il ministro dei lavori pubblici, sostituendosi al comune negligente, ordina la demolizione di una costruzione in contrasto col piano regolatore; Cass. 19 giugno 1968, n. 2028, in *Foro amm.*, 1969, I, 1, 16, che ha dichiarato rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario la declaratoria di illiceità del provvedimento col quale la Federazione italiana giuoco calcio, quale organo del C.O.N.I., aveva disposto lo scioglimento del consiglio direttivo di una società sportiva, e la nomina di un commissario straordinario; Cass., 16 ottobre 1971, n. 2925, in *Foro it.*, 1971, I, 2924, con nota di richiami, che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda diretta dal titolare del diritto esclusivo all'uso di un cognome a ottenere la declaratoria di uso indebito che altri faccia del suo cognome nell'ipotesi che questo sia stato concesso con decreto del Presidente della Repubblica (cfr., per una fattispecie simile, il citato scritto di MIELE, *Questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 49 e ss.).

Le pronunce che si sono citate sono state scelte in modo che esse, pur nella limitatezza del loro numero, possano dare un'idea del carattere generale dell'utilizzazione che la giurisprudenza fa del criterio di determinazione della giurisdizione ordinaria sostenuto nel testo, e quindi dell'estrema varietà dei casi ai quali questo viene applicato; all'ipotesi in cui un atto amministrativo incida sul diritto di proprietà privata, che per certi aspetti è il più comune, è dedicato, poi, l'intero paragrafo n. 16.

⁽¹¹⁰⁾ Sull'origine e lo sviluppo di tale orientamento giurisprudenziale, cfr. ANDRIOLI, *Bilancio*, cit., pag. 1630, che indica come la prima sentenza in tal senso la pronuncia della Cass. 4 luglio 1949, n. 1656 (in *Foro it.*, 1949, I, 926); questa sentenza afferma di non avere precedenti: essa, peraltro, pare indubbiamente riallacciarsi alla prima giurisprudenza che si è formata sulla base della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e sopra richiamata: si tratta di una specie di riscoperta inconsapevole?

Sull'opera del TORRENTE nell'affermazione e nel consolidamento del più recente orientamento giurisprudenziale, v. il necrologio di ANDRIOLI, in *Foro it.*, 1966, V, 5, 6.

Cfr. anche SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., pagg. 46 e ss.; nonché ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo*, cit., pag. 331 e ss.; GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 78, 79, sia pure nella prospettiva di una accentuazione della problematica della rilevanza della *causa petendi* e del *petitum* ai fini del riparto di competenze tra le due giurisdizioni.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. gli esempi di TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., pagg. 89 e ss.

rica, ed una pregevole aderenza al significato originario del dato legislativo, ormai secolare ⁽¹¹²⁾.

Non si vuole qui, perciò, tanto proporre una soluzione nuova del problema in esame, quanto riaffermare la validità di un orientamento dottrinale e giurisprudenziale, nei confronti di tendenze contrarie. Le quali tendenze contrarie, per la verità, sono più spesso implicite, che concretate in articolate prese di posizione, e si rivelano con maggiore frequenza con tacite svalutazioni dell'importanza della tesi qui accolta: svalutazioni inevitabilmente conseguenti a rinunzie di utilizzazione, a ricerche di diversi criteri di distinzione; atteggiamenti, questi, tanto più ingiustificati, in quanto la soluzione proposta, oltre che aderenza storica e sistematica, rivela anche efficacia ai fini di una precisazione dei limiti della competenza del giudice ordinario, e quindi, in ultima analisi, della ripartizione tra le due giurisdizioni; e ciò, non solo su un piano di definizioni generali, ma anche, in concreto, per quel che riguarda la qualificazione di singole fattispecie ⁽¹¹³⁾.

Si possono riprendere, adesso, rilievi già anticipati in precedenza: quegli interessi del privato che possono essere definiti come interessi legittimi, trovano il loro più marcato profilo di caratterizzazione nella loro collocazione non già nella sfera giuridica del privato, ma in quella dell'Amministrazione ⁽¹¹⁴⁾, e nel

⁽¹¹²⁾ Per una critica alle linee dell'orientamento giurisprudenziale, cfr. CANADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 89 e ss. Da un diverso punto di vista, cfr. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., *passim*, nonché GIANNINI-PIRAS, la voce *Giurisdizione amministrativa*, cit., *passim*.

Per un'altra analisi critica della giurisprudenza, cfr. SOPRANO, *Verso il superamento della formula «esistenza potere - esercizio del potere» ai fini della determinazione delle competenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, II, 482.

⁽¹¹³⁾ È sull'applicazione a queste di ogni teoria sui limiti della giurisdizione ordinaria che si incontrano le maggiori difficoltà, per quanto essa possa essere stata lucidamente profilata in astratto: cfr. le scettiche parole di ANDRIOLI, *Bilancio*, etc., cit., pag. 1633.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., pagg. 33, 34 nel quadro di una diversa impostazione: l'interesse legittimo, come figura nella quale si realizza un assetto del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, rivela un fenomeno di compenetrazione di questi «... non più precisamente riconducibile... ad una pura esigenza di rispetto di limiti tra le diverse sfere soggettive».

loro collegamento all'esercizio di poteri, all'esplicazione delle attribuzioni di questa ⁽¹¹⁵⁾, e questo elemento comporta un aspetto di differenziazione nei confronti del diritto soggettivo, estremamente più profondo ed evidente di ogni diversa linea di distinzione che si voglia tracciare tra queste due figure, riferite ad uno stesso soggetto, nell'ambito della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, e delle classificazioni all'interno di questa profilabili.

Si prenda un classico esempio, di normale citazione anche scolastica, tanto sicuro nella sua soluzione, quanto difficile e discutibile nella sua spiegazione: quello della posizione di colui che ha vinto un pubblico concorso, nei confronti dell'atto di nomina: è pacifico che tale posizione di vantaggio sia di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, e la motivazione corrente che si dà di questa qualificazione, è che l'interesse di quel soggetto non è protetto in quanto tale, in modo assoluto, cioè, ma solo di riflesso, in quanto coincidente con l'interesse pubblico alla assunzione dei migliori impiegati. Non che questa spiegazione sia sbagliata, tutt'altro ⁽¹¹⁶⁾, ma essa pare riguardare un aspetto secondario; ve ne è un'altra, invece, che colpisce di più l'essenza del problema, e quindi chiarisce assai meglio la natura della posizione in questione, e le ragioni di essa: la spiegazione, cioè, che tale posizione non è, non può essere di diritto soggettivo, perchè l'atto di nomina è esercizio di una attribuzione dell'Amministrazione, perchè il potere di assunzione dei propri impiegati fa parte della sfera giuridica, dell'autonomia di quest'ultima ⁽¹¹⁷⁾.

L'interesse legittimo risulta dalla soggettivizzazione anche nei confronti del privato, degli effetti di alcune tra le norme di

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., pagg. 415 e ss.; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 56; TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 84 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ Per la ricostruzione di questa ipotesi, cfr. anche, *infra*, pag. 148.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., per un ragionamento assai simile, in una fattispecie in materia di opere pubbliche: App. Genova, 5 febbraio 1869, in *Repertorio generale*, etc., cit., voce *Competenza e giurisdizione*, n. 10; cfr. anche Consiglio di Stato, 14 dicembre 1872, *ibid.*, n. 272.

azione: esso si trova sempre nell'ambito di una situazione giuridica dell'Amministrazione, e perciò si può dire, rovesciando una assai nota affermazione che suo presupposto è un potere di questa ⁽¹¹⁸⁾.

Contrapponendo i diritti soggettivi dell'Amministrazione a quelli del privato risulta chiarito anche da questo diverso punto di vista il ruolo che il legislatore del 1865 ha attribuito al giudice ordinario, nei confronti delle controversie tra Amministrazione e privato: conformemente a quella che, su un piano generale, è la sua vocazione istituzionale, esso, anche in questo campo specifico, tutela le sfere giuridiche soggettive, garantendo il rispetto della linea del confine reciproco. Questo rilievo permette di rileggere in una prospettiva nuova la disposizione fondamentale della legge abolitrice del contenzioso, la norma attributiva della competenza del giudice ordinario: se essa è formulata con

⁽¹¹⁸⁾ Si allude evidentemente al titolo della produzione catanese del CANNADA BARTOLI: *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, qui già frequentemente citata; si deve notare, però, che, nel pensiero di questo autore, l'interesse legittimo è connesso al potere dell'Amministrazione, secondo l'ordine di idee qui proposto, assai più strettamente di quanto non appaia dal titolo ricordato: cfr. soprattutto, del medesimo autore, *La tutela giudiziaria*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 24 e ss., 44 e ss., 63 e ss.; cfr., in genere, *ibid.*, pag. 61 e ss., la riaffermazione delle tesi esposte nel precedente scritto sopra citato. Sempre di CANNADA-BARTOLI, v. anche *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, pagg. 380, 381, nonché, da ultimo, la voce *Interesse*, cit., pag. 15.

Che il potere dell'Amministrazione sia il presupposto dell'interesse legittimo, è stato affermato con particolare chiarezza da TOSATO (citato da CANNADA-BARTOLI, *op. loc. ult. cit.*): *Interesse materiale*, etc., cit., *passim*, ma, per affermazioni più puntuali, v. pagg. 70, 83 e 84 e ss. Cfr. anche PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse* etc., cit., specialmente pagg. 198 e ss., su cui cfr. i rilievi critici di TOSATO, *op. loc. ult. cit.*, pagg. 66 e ss.

Sul collegamento tra interesse legittimo e potere dell'Amministrazione cfr. anche GIANNINI-PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 254; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, pagg. 299 e ss.

Cfr. anche LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, pagg. 764 e ss.

Sul collegamento tra interesse legittimo e diritto soggettivo proposto da CANNADA-BARTOLI, infine, cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., pagg. 196 e nota 34, e pag. 345 per l'affermazione, sulla base di tale collegamento, della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

un esplicito riferimento a quei diritti civili e politici che, ovviamente, non possono che appartenere al privato, pure in realtà l'espressione « questione d'un diritto » si rivela avere un significato ambivalente: accettato il rapporto sopra delineato tra le posizioni del privato e quelle dell'Amministrazione, si deve ammettere che, ogni volta che si fa questione di un diritto dell'uno, si fa anche questione di un diritto dell'altra. E il giudice ordinario, in via principale, non conosce, non può conoscere delle violazioni di norme di azione, non solo perchè esse non intaccano diritti soggettivi del privato, ma anche perché la loro contestazione non pone in discussione l'esistenza di diritti dell'Amministrazione.

La legge del 1865, in tutta evidenza, è motivata nella sua emanazione, e improntata nella sua struttura, dalla esigenza di difesa dei diritti soggettivi del privato; ma, nel quadro del sistema che si è voluto adottare, questa difesa è inevitabilmente connessa, come il rovescio di una medaglia, alla difesa dei diritti soggettivi dell'Amministrazione: tutte le volte che si fa questione di un diritto soggettivo del privato, se lo si accerta, lo si tutela; ma se la sua esistenza viene negata, si tutela un correlato diritto dell'Amministrazione ⁽¹¹⁹⁾. Se si pensa alla evoluzione secolare che si è avuta nella profilazione dei rapporti tra Amministrazione e privato, all'ampliamento continuo e inarrestabile della sfera giuridica della prima, a spese di quella del se-

⁽¹¹⁹⁾ L'affermazione ha un significato che pare evidente, nei limiti della sua rilevanza ai fini del ragionamento svolto nel testo; un suo approfondimento, peraltro, comporterebbe l'analisi di problemi della massima delicatezza, in materia di questione di giurisdizione, di rapporti di essa con la questione di merito, di conflitti di attribuzione, e così via; senza entrare in temi che ci porterebbero lontano dalla principale linea di sviluppo dell'indagine, si ricorderà l'affermazione spesso avanzata in dottrina, secondo la quale, nei conflitti tra giudice ordinario e Amministrazione, la Cassazione, se accerta il difetto di giurisdizione dei tribunali civili, in realtà dichiara l'azione infondata nel merito: cfr., tra gli altri: MONTESANO, *Processo civile*, cit., pag. 209 e ss.; KLITSCHKE DE LA GRANCE, *La giurisdizione ordinaria*, cit., pag. 91 e ss., 107 e ss. Per la letteratura meno recente, cfr. SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da V.E. Orlando*, vol. III, Milano 1901, pagg. 1196, 1197.

condo, e se si considera quanta parte ha avuto il giudice ordinario, soprattutto la Cassazione, con la progressiva riduzione dell'area di affermazione della propria giurisdizione ⁽¹²⁰⁾, forse nel provocare o nell'accelerare questa tendenza, sicuramente nel riconoscerla e garantirla sul piano processuale ⁽¹²¹⁾, si vede chiaramente in quale direzione il sistema del 1865 abbia giuocato maggiormente, al di là, se non contro, le intenzioni di chi lo delineò ⁽¹²²⁾.

La contrapposizione dei diritti soggettivi dell'Amministrazione a quelli del privato, pare costituire, oggi come un secolo fa, il più corretto criterio di interpretazione della legge del 1865, e di delimitazione della competenza del giudice ordinario. Certo, in cento anni molte cose sono cambiate: per un verso, l'elaborazione dottrinale, sia in specifica relazione alla tematica qui esaminata, sia su un piano di teoria più generale, ha portato tanti contributi, che la delimitazione stessa appare oggi delineabile in una prospettiva più profonda, e più ricca di profili; nei paragrafi che seguono, si cercherà di accennare lo sviluppo di tale evoluzione, cogliendola sotto i tre aspetti di essa che appaiono i più significativi: la migliore articolazione della teoria

⁽¹²⁰⁾ Ad eccezione, ben s'intende, del periodo immediatamente successivo alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, nel quale, al contrario, la Cassazione tese ad ampliare al massimo l'ambito di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti di quelle del nuovo organo: cfr. le significative considerazioni di VACCHELLI (*La difesa giurisdizionale*, etc., cit., pag. 488), nel senso che in tale periodo l'autorità giudiziaria ordinaria, per antagonismo col nuovo giudice, tutelava come diritti soggettivi posizioni precedentemente valutate come di mero interesse. Sulla vicenda, da ultimo, v. GIANNINI-PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 245 e ss.

È appena il caso di ricordare che è in seguito a questo orientamento che a quell'epoca assunse la Cassazione che si sviluppò l'idea, poi non realizzatasi, dell'istituzione di un apposito tribunale dei conflitti: v. SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., pagg. 1222, con indicazioni della presa di posizione a favore da parte di MORTARA, di cui v. anche la nota a Cass. Roma 2 luglio 1897, in *Giur. it.*, 1897, I, 1, 1034.

⁽¹²¹⁾ Su questa evoluzione, e sulle sue cause, cfr., nella letteratura più recente, VILLATA, *L'esecuzione*, etc., cit., pagg. 110 e ss. e, più marcatamente in relazione alle affermate implicazioni sostanziali della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 270 e ss.

⁽¹²²⁾ Il tema sarà successivamente ripreso nei paragrafi nn. 18 e 19.

delle situazioni giuridiche soggettive, che permette una più soddisfacente qualificazione delle posizioni contrapposte dell'Amministrazione e del privato; l'affinamento della distinzione tra norme di azione e norme di relazione; la precisazione dei rapporti tra potere dell'Amministrazione e diritto soggettivo del privato.

Ma, soprattutto, oltre al panorama dottrinale accennato, è profondamente cambiato il quadro generale dei rapporti tra Amministrazione e privato: alla considerazione di esso, alla valutazione delle conseguenti incidenze sul piano della tutela giurisdizionale, saranno dedicati gli ultimi paragrafi del secondo capitolo del presente lavoro.