

CAPITOLO SECONDO  
POTERE GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE  
E DIRITTO SOGGETTIVO DEL PRIVATO

SOMMARIO: 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. — 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. — 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. — 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. — 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. — 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. — 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 del 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 situa-

zioni giuridiche. — 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. — 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 determinata disciplina del rapporto sostanziale. — 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 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.

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.* — I primi profili della proposta contrapposizione tra la sfera giuridica dell'Amministrazione e la sfera giuridica del privato, che devono essere approfonditi, attengono alla precisazione del contenuto di tali sfere, alla qualificazione delle situazioni giuridiche dei due soggetti le quali, in un certo senso, vengono a fronteggiarsi, e quindi alla determinazione del significato della correlazione tra di esse. È da questi punti di vista che acquista il più marcato rilievo, e le maggiori possibilità di utilizzazione, l'elaborazione dottrinale della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, che si è sviluppata successivamente alla legge del 1865.

Contrariamente a quel che si potrebbe credere, considerando l'importanza che, nella materia in esame, è stata sempre

attribuita alla nozione di interesse legittimo, non sono i tentativi di definizione di questa, gli stessi progressi che si sono avuti al riguardo, gli aspetti di quella elaborazione sui quali si deve concentrare anzitutto l'attenzione: la nozione di interesse legittimo, per quanto sia potenzialmente idonea a classificazioni e ad applicazioni sul piano della teoria generale, che è il solo, del resto, sul quale possa essere tracciata con una prospettiva di sufficiente ampiezza, pur tuttavia ancor oggi ha un rilievo assai limitato al di fuori dello specifico campo dei rapporti tra Amministrazione e privato, o, se si vuole, della giustizia amministrativa<sup>(1)</sup>; del resto, lo stesso posto che viene ad essa riservato nelle articolazioni delle posizioni di vantaggio del soggetto, pare più dovuto alla necessità di lasciare uno spazio, nelle costruzioni generali, ad un concetto al quale viene attribuita tanta importanza in un singolo settore del diritto, che ad esigenze proprie dello sviluppo dogmatico della teoria delle situazioni soggettive<sup>(2)</sup>. Soprattutto, la nozione stessa non ha un carattere primario, ma può essere delineata solo in via derivata, rispetto a quella di potere dell'Amministrazione; per ciò stesso, ma non solo per questo, per molti aspetti ha una importanza meramente secondaria.

Come è implicito nell'osservazione che precede, è invece sul potere giuridico che deve essere concentrata l'attenzione: anche nel parlar comune, è generalizzata la qualificazione in tal senso della posizione di vantaggio dell'Amministrazione, che normalmente costituisce uno dei due termini del rapporto di essa col privato; e a questo motivo del grande rilievo che deve essere attribuito a quel tipo di posizione dell'Amministrazione, corrisponde, non certo casualmente, il progressivo affermarsi della

(1) Del resto, si condividono in pieno le perplessità e i dubbi sollevati da CANNADA-BARTOLI (nella voce *Interesse*, cit., pagg. 24, 25), sulla trasponibilità in altri rami del diritto, a cominciare da quello privato, di nozioni il cui contenuto si è venuto determinando nel corso di una vicenda storica così particolare, come quella delle origini e dello sviluppo della giustizia amministrativa in Italia.

(2) In argomento, cfr. SPERDUTI, *Contributo alla teoria*, cit., pag. 81 e ss.; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 22 e ss.

figura del potere giuridico, sul piano della teoria generale del diritto: le sue prime definizioni, lo sviluppo della elaborazione del concetto, il ruolo determinante che esso ha finito con l'assumere, rispetto alle altre posizioni di vantaggio del soggetto, anche nei confronti dello stesso diritto soggettivo, pare che costituiscono i tratti di gran lunga dominanti, della evoluzione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, in questo secolo <sup>(2)</sup>.

(3) Sul processo mediante il quale si è venuta enucleando la nozione di potere giuridico, e sui caratteri di questa, cfr. la sintesi che abbiamo avuto occasione di accennare in un precedente scritto: *Note in tema di decadenza*, cit., pag. 202 e ss.; tanto in quello come nel presente lavoro, si accoglie la dottrina del potere giuridico delineata da SANTI ROMANO, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, voce *Poteri, Potestà* (pag. 172 e ss.). È superfluo sottolineare le profonde implicazioni che esistono tra questa dottrina del potere giuridico, e la teoria istituzionale, che di essa costituisce chiaramente la matrice concettuale; questo nesso risulta con particolare risalto negli sviluppi e nelle applicazioni di quella dottrina e di questa teoria, che sono dovuti a SALVATORE ROMANO, nella ricostruzione della nozione di autonomia privata, in tutta una serie di scritti; fra gli altri, cfr. *Autonomia privata*, Milano 1957, *passim*, ma specialmente pag. 49 e ss.; *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano 1958, *passim*, ma specialmente pag. 33 e ss.; *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, *passim*, ma specialmente pag. 33 e ss., 104 e ss., 172 e ss.; *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli s.a., pag. 141 e ss., 150 e ss.

La letteratura in tema di potere è vastissima; è a puro titolo indicativo, perciò, che si citano, tra gli altri, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale*, Bologna 1904, e *Sulla natura della espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1921, I, pag. 85 e ss., 95 e ss.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali dell'Istituto di scienze giur., pol. e soc. dell'Università di Messina*, vol. I, (1927), pag. 10 e ss. (ripubblicato in *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965), e *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, pag. 23 e ss., e la voce *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano 1958, pag. 142; NICOLÒ, *Azione surrogatoria*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Libro VI, artt. 2900-2969, Bologna-Roma 1953, pagg. 29 e ss.; PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, specialmente pagg. 47 e ss.; GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Studi in memoria di Tommasone (Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia)*, 1937, pagg. 1 e ss.; MORO, *La subbiectivizzazione della norma penale*, Bari 1942, specialmente pagg. 100 e ss.; GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, pagg. 550 e ss., e 1942, pagg. 205 e ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, pag. 32 e ss., vivacemente criticato da FRANCESCO FERRARA sr., *I negozi sul patrimonio altrui*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pag. 179 e ss., specialmente pag. 189 e ss., 200 e ss.; cfr. anche *ivi*, la replica di CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, pag. 333 e ss., specialmente a pag. 393; FERRARA SANTAMARIA, *Il potere di disposizione*,

Evidentemente, non è in questa sede che si può procedere ad una analisi di fondo delle motivazioni e delle fasi di una vicenda dogmatica di così grande portata: essa, quindi, può essere

Napoli 1937, pag. 3 e ss., 12 e ss.; MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino 1938, pag. 872 e ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, pag. 130 e ss.; AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, pag. 557 e ss.; MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, pag. 123 e ss., e in *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 45 e ss.; SPERDUTI, *Contributo alla teoria*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 10 e ss.; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 46 e ss., 101 e ss.; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pag. 238 e ss.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano 1958, vol. I, pag. 39, 40; GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Padova 1956, vol. I, pag. 21 e ss.; CAPOTORTI, *La dottrina italiana del diritto internazionale pubblico*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. IX, Milano 1958, pagg. 277, 278; ALLORIO, specialmente in *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, ora in *Problemi di diritto*, Milano 1957, vol. I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, pagg. 8 e ss., 26 e ss., 58 e ss., 72 e ss., 103 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331; CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino s.a. (ma 1957), specialmente pagg. 211 e ss.; FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 123; FALZEA, da ultimo nella voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano 1965, *passim*, ma specialmente pagg. 479 e ss.; CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, nell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano 1964, pag. 659, con una bibliografia particolarmente ricca sull'argomento (a pag. 695, 696).

In diretto riferimento ai problemi del processo amministrativo, cfr. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., vol. I, pagg. 56 e ss., e vol. II, pagg. 53 e ss.; 169 e ss., e 283 e ss. su cui cfr. le considerazioni di GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 47 e ss.

Cfr. anche SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, pagg. 29 e ss.; BENVENUTI, *La istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953, pag. 243 e nota 99, e la relazione in *Atti del II convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie*, Roma 1957, pag. 14; ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pagg. 307 e ss., e *Nuovi orientamenti in tema di responsabilità degli enti pubblici*, *id.*, 1959, pagg. 746 e ss.; OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano 1953, pagg. 83 e ss.; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956, *passim*, ma specialmente pagg. 215 e ss.; CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pagg. 300 e ss.; BASSI, *La norma interna*, Milano 1963, pagg. 100 e ss.; SAITTA, *Natura ed esercizio del diritto di retrocessione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, pagg. 616 e ss.; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, *passim*, ma specialmente pagg. 162 e ss., 217 e ss., 266 e ss., e 293; SCOCA, *Il termine giudiziale*, etc., cit., pagg. 52 e ss.; VILLATA, *L'esecuzione del giudicato*, cit., pagg. 39 e ss.

qui richiamata solo nei suoi momenti essenziali, e nei ristretti limiti nei quali ciò appaia indispensabile, ai fini della prosecuzione del discorso.

Più e meglio che da una considerazione analitica delle definizioni iniziali del potere giuridico, è da una valutazione riassuntiva, possibile solo *ex post*, di una evoluzione dottrinale di molti decenni, che risulta con maggiore evidenza la prima e fondamentale ragion d'essere della nozione: l'esigenza di precisare i caratteri di un tipo unitario di situazione giuridica soggettiva, da collegare all'agire giuridico, nel senso che questo deve essere delineato come esplicazione di quello. È lo stesso grandioso sviluppo del concetto di negozio giuridico, vero argomento centrale delle creazioni sistematiche della dottrina del secolo scorso, a richiedere un completamento del genere: questa costruzione, una delle massime della dogmatica giuridica, sarebbe da considerarsi monca, se non fosse accompagnata dalla definizione di una posizione soggettiva della quale il negozio debba essere delineato come esercizio; la saldatura tra il piano dell'azione giuridica, e quello delle situazioni del soggetto, ad una certa fase della evoluzione dottrinale, si è venuta a porre come un passaggio obbligato di ogni ulteriore approfondimento concettuale.

Come si sa, è attribuito generalmente allo ZITELMANN, il merito della prima, organica formulazione del concetto dei *Rechte « des rechtlichen Könnens »*, caratterizzati dai particolari effetti giuridici che vengono prodotti col loro esercizio<sup>(4)</sup>. Certo, la nozione proposta non poteva essere considerata del tutto nuova, giacché, anzi, era delineata sulla base di numerosi spunti rintracciabili nella precedente letteratura; né essa, nella sua definizione iniziale, lasciava presagire tutta la portata che la figura del potere giuridico avrebbe poi assunto; ciò non di meno, pare che la costruzione dello ZITELMANN, se non altro perché fu la prima, con carattere di sistematicità, costituì un momento decisivo per la successiva elaborazione dottrinale.

(4) Cfr. SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 172 e ss.

La formulazione della nuova nozione, per quanto mettesse in rilievo ciò che questa aveva di peculiare, non spinse la sua autonomia fino al punto di recidere i legami che la tenevano unita alla originaria onnicomprensiva figura del diritto soggettivo, nel cui seno fu individuata; essa, perciò, trovò la sua collocazione nell'ambito di questo, come *species* in un *genus*; tale fase intermedia dell'evoluzione del concetto si rispecchiava fedelmente nella terminologia dell'epoca: nell'espressione proposta dallo ZITELMANN, come in quella di diritto potestativo diffusasi in Italia, le particolarità della posizione giuridica richiamata erano indicate da elementi di specificazione attribuiti pur sempre al diritto soggettivo.

Già in questa fase, peraltro, la potenziale capacità della nuova nozione ad assorbire le posizioni di vantaggio aventi carattere dinamico, all'esercizio delle quali si può ricondurre l'agire giuridico, si affermava fortissima: basterà ricordare il ricorso al concetto di nuovo conio che, come è a tutti noto, fece il CHIOVENDA, per qualificare e staccare dall'originaria figura del diritto soggettivo, l'elemento dinamico per eccellenza di questo, e cioè l'azione<sup>(5)</sup>.

Appartiene alla elaborazione dottrinale più recente il completamento dell'evoluzione, la quale, anche se può e deve essere valutata unitariamente, pare peraltro essersi caratterizzata secondo due direttrici non del tutto coincidenti, pur se strettamente connesse. Da un lato, si è accentuata al massimo, infatti, la correlazione tra potere e azione giuridica, fino ad attribuire al primo il monopolio, per così dire, delle possibilità di porre in essere la seconda; o, meglio, riconducendo alla nozione in esame tutte le posizioni soggettive, le « forze attive », la cui esplicazione costituisce azione giuridica. La fase finale dell'evoluzione dottrinale, colta da questo punto di vista, è l'equiparazione completa tra il concetto di esercizio di potere e quello di comportamento volon-

(5) CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit.

tario, che è causa di modificazioni giuridiche<sup>(6)</sup>, tra il concetto di esercizio del potere, quindi, e quello di atto giuridico. Quel che residua dopo questo sviluppo dogmatico, di definibile in termini di diritto soggettivo, è evidentemente una posizione di vantaggio del tutto statica, variamente connessa con l'esercizio del potere, talvolta nel senso che la sua esistenza funge da presupposto di legittimazione di esso, in senso lato, talaltra nel senso che la sua costituzione ne è viceversa l'effetto, altre volte ancora secondo nessi diversi; è certo, tuttavia, che un così completo distacco di ogni possibilità dinamica riduce l'esplicazione vera e propria del diritto soggettivo, al massimo, ad un comportamento di mero fatto.

Anche secondo l'altro ordine di idee che si deve qui considerare, il potere giuridico è delineato come una situazione essenzialmente dinamica, ma in modo meno esclusivo: l'accento, infatti, è messo soprattutto sulle peculiarità degli atti che possono essere posti in essere mediante il loro esercizio, sul loro carattere di normativa di base dei rapporti la cui disciplina è rimessa all'autonomia negoziale, e, quindi, sulla definibilità di essi, e solo di essi, come negozi in senso proprio: sono tali atti, infatti, quelli che, in primo luogo, costituiscono, modificano o estinguono i singoli rapporti, quei singoli rapporti dei quali, di regola, il diritto soggetto è uno dei termini: anche secondo la tendenza ora ricordata le relazioni che possono intercorrere tra il potere e il diritto soggettivo sono assai varie, ma per essa più che per altre, la principale è nel senso che l'esercizio dell'uno può creare o, al contrario, estinguere il secondo. Il potere, dunque, è l'elemento fondamentale della autonomia negoziale che l'ordinamento statale riconosce al soggetto, e, come tale, è direttamente connesso alla capacità giuridica di questo, di cui, anzi, costituisce la più diretta esplicazione: di

<sup>(6)</sup> Cfr. MIELE, *Principi*, cit., pag. 45 e ss.; v. anche la netta affermazione di SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 195; cfr. sul punto GUARINO, *Potere giuridico*, cit., pag. 242, 243.

conseguenza, esso è inalienabile, e comunque intrasmissibile e imprescrittibile. Dati questi suoi caratteri, esso si mantiene sempre su un piano che è superiore a quello dei singoli rapporti che crea, o, in genere, disciplina: infatti, può essere esercitato innumerevoli volte, in relazione a innumerevoli fattispecie, ma di per sé non può considerarsi esaurito in un singolo esercizio, e neppure nell'insieme dei suoi atti di esercizio valutati nel loro complesso: in questo senso, il potere non può mai venire ricompreso in un singolo rapporto<sup>(7)</sup>. È il diritto soggettivo, viceversa, la posizione attiva che è interna al singolo rapporto: in questo ristretto ambito, esso pure può presentare aspetti dinamici, giacché mediante il suo esercizio si possono disciplinare aspetti del rapporto, subordinatamente e nel quadro della normativa che si ricollega all'esercizio del potere, della normativa negoziale in senso stretto. L'esercizio del potere, l'esercizio del diritto, il passaggio dall'uno all'altro, normalmente attraverso la costituzione del diritto mediante l'esercizio del potere, sono le fasi salienti dell'azione giuridica, delineata secondo uno schema procedimentale che è stato tratteggiato con diretto riferimento al diritto privato<sup>(8)</sup>, come traspare da palesi tracce di questa sua origine che sono rimaste nel succinto richiamo che ne abbiamo fatto; esso, peraltro, sia pure con qualche adattamento, presenta evidenti possibilità di utilizzazione anche nel diritto pubblico, e quindi, in definitiva, sul piano della teoria generale: sulla sua base, infatti, può essere costruita una teoria generale dell'azione giuridica in senso sostanziale.

Una volta che la dottrina è arrivata ad uno stadio così avanzato della elaborazione della nozione di potere, i rapporti di essa con quella di diritto soggettivo sono completamente rivoluzionati: non vi può più essere traccia della vecchia rela-

<sup>(7)</sup> Questi sono i tratti salienti della dottrina dei poteri di SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 172 e ss.; cfr. anche SALVATORE ROMANO, *opp. locc. cit.*, *supra*, alla nota 78.

<sup>(8)</sup> SALVATORE ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., *passim*.

zione, per la quale il potere è definito come una *species* del *genus* diritto soggettivo; la tendenza, ora, è capovolta, e sono i diritti soggettivi, semmai, ad essere considerati come una sottospecie dei poteri, come dei poteri che sono compresi nei limiti di un singolo rapporto concreto<sup>(9)</sup>; altrimenti, si arriva alla netta affermazione, che poteri e diritti hanno natura affatto diversa<sup>(10)</sup>.

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.* — Questa caratterizzazione della nozione di potere, permette notevoli progressi nella puntualizzazione della contrapposizione della sfera giuridica dell'Amministrazione a quella del privato. Essa, infatti, si presta a chiarire su quale piano gli elementi immediatamente rilevabili dalla formulazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo possono essere delineati, in quali sensi la sfera giuridica dell'Amministrazione può essere considerata omogenea con quella del privato, e in che modo deve essere qualificato il suo contenuto; inoltre, in che cosa si concreta la contrapposizione delle posizioni dei due soggetti del rapporto amministrativo. La nozione di potere, infine, pare costituire la piattaforma insostituibile per inquadrare la illiceità e la illegittimità dell'atto amministrativo, e per basare le varie forme di invalidità di questo.

Quanto al primo punto, si deve richiamare ora un problema già accennato in precedenza, e la cui soluzione era stata allora lasciata in sospeso: si era osservato che, nel sistema della legge del 1865, i due protagonisti del rapporto presentano diversi punti di emergenza; se, infatti, la posizione del privato è

(9) SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 188 e ss.

(10) MIELE, *Principi*, cit., pag. 45.

colta attraverso il profilo statico dei suoi diritti soggettivi lesi dall'atto amministrativo, e quindi attraverso una sua situazione giuridica, è viceversa sotto il profilo dinamico dell'azione che acquista rilevanza l'Amministrazione; si era allora notata l'esigenza di riportare la situazione e l'atto indicati, su un medesimo piano. Piano che, evidentemente, è quello delle situazioni giuridiche soggettive: la costruzione della nozione di potere, infatti, rende possibile delineare l'atto amministrativo come l'esercizio di una particolare situazione giuridica dell'Amministrazione; l'atto stesso, quindi, nel sistema della legge del 1865, rileva non solo come azione posta in essere dal soggetto pubblico, ma anche come indice, come rivelatore dell'esistenza di una situazione dell'Amministrazione<sup>(11)</sup>: è questa, e non l'atto che ne costituisce l'esercizio, che deve essere contrapposta, in senso proprio, alla situazione giuridica del privato, ed è nei suoi confronti, che può porsi il problema della delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario; l'esigenza di rendere omogenei i termini in discussione è così soddisfatta.

L'omogeneità di tali termini pare prolungarsi anche sotto altri profili, oltre a quello fondamentale accennato. Il potere attribuito all'Amministrazione si presenta, sicuramente, con propri caratteri peculiari: è implicito nella costruzione stessa del potere come una situazione soggettiva il cui esercizio costituisce un atto giuridico, che le particolarità dell'atto si riflettano in qualche modo nelle particolarità del potere del quale esso costituisce l'esercizio; così, a tacer d'altro, tutto quel complesso di caratteristiche dell'atto amministrativo alle quali si fa riferimento, diretto o indiretto, quando si parla della sua imperatività, non possono non trovare corrispondenza in correlati profili dei poteri amministrativi, i quali, del resto, anche nel parlar

(11) Cfr. l'incisiva frase di CANNADA BARTOLI, per quanto da un diverso angolo visuale: «... (la teoria de) il provvedimento amministrativo è un *posterius* rispetto a (la teoria de) le situazioni dei cittadini e dell'amministrazione» (*La tutela giudiziaria*, cit., pag. 72, 73).

comune sono detti d'imperio; nei limiti nei quali l'atto amministrativo costituisce un *unicum*, nel quadro degli atti giuridici, anche il potere di cui esso costituisce esplicitazione non può non costituire un *unicum*, nel quadro dei poteri giuridici. Ma al di là della individuazione di queste peculiarità, e anche della loro necessaria accentuazione, rimane sempre la circostanza fondamentale, che i poteri dell'Amministrazione sono comunque una *species* da collocarsi nel *genus* dei poteri giuridici attraverso i quali l'ordinamento modella la capacità giuridica di tutti i suoi soggetti: in quello stesso *genus*, cioè, nel quale vanno parimenti collocati, come diversa *species*, i poteri che appartengono ai soggetti privati, o, meglio, a tutti i soggetti, e che sono definibili, per così dire, come di diritto comune: per tutti, si indicheranno quelli negoziali dell'autonomia privata; ecco dunque emergere un altro profilo di sostanziale omogeneità tra i poteri che fanno parte della sfera giuridica dell'Amministrazione, e quelli della sfera giuridica del privato.

Sfere giuridiche che adesso è possibile, e anzi necessario, qualificare più in dettaglio <sup>(12)</sup>; fin qui, infatti, quando si è accennato ai termini della contrapposizione che è alla base del sistema di giustizia amministrativa, lo si è fatto richiamando quella nozione, per la sua indubbia forza espressiva, ma che comunque è assai generica <sup>(13)</sup>; talvolta si è parlato anche di diritti soggettivi, tanto del privato, quanto dell'Amministrazione: ma, nel primo caso, si è trattato della suggestione direttamente derivante dalla formulazione legislativa, e, nel secondo, ha prevalso l'esigenza di contrappuntare a quelli che si sono qualificati come diritti del privato, posizioni dell'Amministrazione ugualmente definite; sotto questo profilo, perciò, è appena il caso di notarlo, al termine di diritti soggettivi che si è impiegato in quella parte

<sup>(12)</sup> Cfr., in altro ordine di idee, la diversa problematica considerata da ALLECRETI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., *passim*; v. soprattutto i rilievi sul rapporto tra Amministrazione e privato a pagg. 221 e ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo*, cit., pag. 45 e ss.; e *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1966, vol. II, pag. 523 e ss.

fin qui compiuta della ricostruzione del sistema della legge del 1865, deve essere attribuito un significato ancora del tutto generico: si è inteso richiamare con esso l'intero complesso delle situazioni giuridiche compreso nel vasto concetto di diritto soggettivo di un secolo fa, e cioè l'insieme delle posizioni di vantaggio scaturenti dalla norma oggettiva, allora soggettivabili, ed effettivamente soggettivizzate; in ultima analisi, si è fatto sempre riferimento ad una nozione che non è molto meno ampia di quella stessa di sfera giuridica, sia pure comprensiva solo di posizioni attive.

Per contro, ora è possibile precisare più in dettaglio. La contrapposizione tra sfere giuridiche, vista in concreto, e cioè in relazione ad un singolo rapporto, si traduce, è ovvio, nella contrapposizione tra singole situazioni giuridiche soggettive. Sembra che quella dell'Amministrazione debba essere senz'altro definita come un potere <sup>(14)</sup>. Si deve tenere conto, al riguardo, di considerazioni svolte in precedenza: nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, il soggetto pubblico rileva sotto il profilo dinamico della sua azione; la legge stessa fa riferimento esplicito al concetto di atto amministrativo, che sopra è stato inteso in un senso assai ampio: tendenzialmente riassuntivo, cioè, di ogni comportamento avente carattere giuridico, anche solo implicitamente, che sia posto in essere dalla Amministrazione stessa; ora, pare che la situazione giuridica, il cui esercizio possa essere costituito da ogni attività del genere, sia appunto il potere giuridico. Questa conclusione è di tutta evidenza, se si accetta l'equiparazione assoluta tra la nozione di esercizio del potere, e quella di atto giuridico; ma anche sulla base del diverso ordine di idee sopra richiamato, non pare che la soluzione differisca, almeno normalmente: pur mantenendo fermo, in linea di principio, quel concetto così ampio di atto, di attività amministrativa, pare ora possibile, sul fondamento di

<sup>(14)</sup> Cfr., sull'argomento, le considerazioni di CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 65 e ss.

tutto quello che siamo venuti fin qui dicendo, accennare qualche precisazione ai caratteri con i quali tale attività comunemente si manifesta; si osserverà, allora, che, almeno di regola, l'atto amministrativo che rileva dal punto di vista che si considera, crea, modifica, estingue imperativamente, e quindi unilateralmente, i singoli rapporti, disponendo così la normativa fondamentale di essi, nei limiti nei quali ciò è ammesso dalla norma dell'ordinamento generale statale. Sono soprattutto i provvedimenti amministrativi in senso stretto, quelli che, secondo impostazioni meno recenti, come, ad esempio, quella accolta dallo ZANOBINI, venivano chiamati gli atti amministrativi negoziali, i comportamenti giuridici dell'Amministrazione che possono interferire con i diritti soggettivi dei privati. Tali atti negoziali possono differire dai negozi privati, nei limiti nei quali deve essere delineata differentemente la relazione, rispettivamente, degli uni e degli altri, con la norma dell'ordinamento generale dello Stato: dalla soluzione che si accoglie in proposito dipendono, tra l'altro, i limiti e i modi di configurabilità dell'elemento causale dell'atto amministrativo. Ma atti amministrativi negoziali e negozi privati presentano, comunque, un fondamentale carattere comune: gli uni e gli altri costituiscono, appunto, la manifestazione preminente della autonomia pubblica e privata<sup>(15)</sup>. Sono i provvedimenti amministrativi, cioè, gli atti che pongono la normativa di base dei rapporti, la cui disciplina l'ordinamento generale statale rimette all'autonomia dell'Amministrazione; e questa, esercitando la propria autonomia, e cioè concedendo, espropriando, assumendo impiegati, e così via, crea il proprio ordinamento particolare, intendendo questa espressione in senso simile a quello nel quale è definito come particolare l'ordinamento privato, che è creato mediante l'esercizio dei poteri di

<sup>(15)</sup> Si rinuncia a ogni citazione della vastissima letteratura sull'argomento dell'autonomia pubblica, e del suo paragone con l'autonomia privata; cfr., però, le considerazioni di SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., pag. 1193, proprio dal punto di vista dei limiti del sindacato giurisdizionale.

autonomia privata<sup>(16)</sup>: nell'un caso come nell'altro, il soggetto dà l'assetto oggettivo dei rapporti che sono nella sua sfera di disponibilità, e nei limiti nei quali essi lo sono. In questo senso, si può dire che deve essere qualificato come un potere, almeno di regola, la situazione della quale costituisce esplicitazione l'atto amministrativo che interferisce sulle posizioni del privato.

I poteri dell'Amministrazione, poi, possono avere relazioni di vario tipo con le posizioni che compongono la sfera giuridica del privato, così come di vario tipo possono essere le posizioni del privato, che ai poteri dell'Amministrazione si contrappongono<sup>(17)</sup>. Si possono immaginare forme di interferenza, nelle quali la delimitazione dei confini reciproci tra le due sfere, si traduce nella delimitazione dell'area che è compresa in un potere dell'Amministrazione, nei confronti dell'area che è viceversa compresa in un potere del privato. Normalmente, però, la posizione del privato che si contrappone a quella dell'Amministrazione, presenta un carattere statico, come abbiamo visto: carattere la cui qualificazione in tal senso non muta anche se adesso si può più facilmente notare che posizioni di vantaggio del privato possono non solo venire soppresse dall'azione amministrativa, come accade nell'ipotesi dell'espropriazione, ma anche venire create dall'esercizio di poteri dell'Amministrazione: si pensi alle posizioni di vantaggio che hanno la base in un atto di concessione, o di assunzione ad un pubblico impiego. Di più: si deve tenere il massimo conto del carattere imperativo e unilaterale, della disciplina del rapporto che è disposta dai provvedimenti amministrativi; correlativamente, la contrapposta po-

<sup>(16)</sup> Cfr. le considerazioni di ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 3 e ss., sulla configurazione dell'Amministrazione come parte nella concezione liberale che è stata la matrice della legislazione del 1865.

<sup>(17)</sup> Il testo si riaccosta alle considerazioni sull'argomento di SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 176 e ss., 184 e ss.; e di SALVATORE ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., pag. 150 e ss.

Sul tema, in generale, cfr. SPERDUTI, *Contributo alla teoria*, cit., pag. 60 e ss.; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 22 e ss.; GUARINO, *Potere giuridico*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 243 e ss.



sizione del privato rileva meno come il fondamento per una sua azione regolatrice del rapporto stesso, e quindi da delinearci su un piano superiore ad esso, e più come una situazione di vantaggio che, viceversa, rimane compresa nel rapporto medesimo, in quel rapporto che, appunto, nell'azione amministrativa trova la sua disciplina unilaterale, la sua costituzione, modificazione e estinzione. Tutte queste considerazioni portano verso una unica conclusione: la qualificazione come di diritto soggettivo che il legislatore del 1865 ha operato della situazione del privato che si contrappone al potere dell'Amministrazione, è da mantenersi, nella maggior parte dei casi, anche secondo il più rigoroso significato che la dogmatica moderna ha attribuito al concetto. Sicuramente, infine, secondo lo schema del potere dell'Amministrazione che incide sul diritto soggettivo del privato, deve essere delineata l'ipotesi di conflitto che è prevista e regolata in modo preminente dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo: l'ipotesi, cioè, nella quale un atto amministrativo leda un diritto « civile o politico » del privato. Soprattutto, è quello schema che appare più aderente alla funzione e alla struttura di quella legge stessa, così come queste sono state in precedenza accennate: in riferimento, cioè, alle esigenze di difesa di preesistenti posizioni di vantaggio del privato, nei confronti di una attività amministrativa che su di esse incidesse.

Le considerazioni che precedono, profilano a grandi linee quelle che si possono dire le normali ipotesi di correlazione tra situazione giuridica dell'Amministrazione e situazione giuridica del privato; ogni maggiore approfondimento dell'indagine in tale direzione, richiederebbe un'analisi e una descrizione dettagliata dei vari casi di correlazioni tra situazioni giuridiche di vario tipo, che paiono essere qui inopportuni, perché appesantirebbero il lavoro, senza arricchire di molto la linea principale di ragionamento che esso propone. Solo, si vuole aggiungere una considerazione, che, del resto, ha sempre un carattere generale, e quindi trascende i problemi ricostruttivi di una ca-

sistica di dettaglio. Si vuol notare, cioè, che la contrapposizione di una situazione giuridica del privato a una dell'Amministrazione, comporta che, dal versante della sfera giuridica del primo, la sua posizione sia definibile, appunto, in termini di situazione giuridica soggettiva, che avrà carattere attivo, o di vantaggio. Ciò non significa, però (e il rilievo, a parti invertite, varrà anche per l'Amministrazione), che la medesima contrapposizione, non comporti anche la possibilità di delineare parimenti come una situazione giuridica soggettiva, la posizione dello stesso privato che si svolge, invece, sul versante della sfera giuridica del soggetto pubblico; secondo i comuni orientamenti, che qui vengono accettati senza analisi critica, nei limiti nei quali la situazione dell'Amministrazione dovrà essere definita come di potere giuridico, la posizione del privato sarà di soggezione, mentre questa dovrà essere detta di obbligo, nei più rari casi nei quali il soggetto pubblico è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo. Ciò non è privo di importanza, in sede di ricostruzione di alcune ipotesi di correlazioni tra situazione giuridica del privato e situazione giuridica dell'Amministrazione. Di solito, invero, la posizione del privato che si contrappone, per esempio, ad un potere dell'Amministrazione, ha una propria individualità ben definita, per esempio, nella maggior parte dei casi, il diritto di proprietà: non c'è dubbio, allora, che il superamento del confine tra le due sfere giuridiche sia colto nella sua essenza, col concetto di violazione di quel diritto stesso. Ma, talvolta, la posizione del privato, entro la sua sfera giuridica, è meno precisamente definibile: si consideri l'ipotesi, per esempio, nella quale l'Amministrazione abbia il potere di imporre una prestazione tributaria, o abbia il diritto di esigere una obbligazione di tale natura; si faccia il caso che venga superata a danno del privato la linea di confine suddetta<sup>(18)</sup>: anche qui, si può parlare di violazione del diritto alla integrità patrimoniale, e si-

<sup>(18)</sup> Cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 196, 197 e gli autori *ivi* citati.

mili, ma non pare che l'utilizzazione di tale modulo ricostruttivo sia del tutto soddisfacente, e aderente alla realtà del fenomeno. Invero, in tal caso l'Amministrazione va oltre i limiti della sua sfera giuridica, e, sul piano delle definizioni generiche, che, qui, peraltro, appaiono come le più espressive, si dirà che essa ha leso la sfera giuridica del privato, la sfera entro la quale i suoi interessi sono tutelati in modo intangibile; se si vuole ricercare una più precisa ricostruzione dell'ipotesi, si osserverà, allora, che questa può essere meglio colta, dicendo che sono superati i limiti del potere, del diritto dell'Amministrazione, e quindi quelli della soggezione, dell'obbligo del privato; ossia, considerando da un punto di vista negativo la sfera giuridica di questi. È ovvio che la contestazione relativa involge una questione di diritto soggettivo: ma è possibile giustificare una conclusione del genere, anche senza ricorrere al richiamo di una situazione del privato che possa essere qualificata in tal modo: basterà notare che, nella misura nella quale debba essere qualificata come una questione di diritto soggettivo la questione attinente ai limiti del diritto soggettivo stesso, deve essere qualificata allo stesso modo la questione attinente ai limiti della situazione al diritto soggettivo correlata, ossia dell'obbligo; questo rilievo, naturalmente, vale anche a proposito della correlazione potere giuridico-soggezione<sup>(19)</sup>. In ogni caso, e soprattutto, la questione relativa ai limiti dell'obbligo, della soggezione del privato, costituisce questione relativa al diritto, al potere dell'Amministrazione: come si è osservato in precedenza, non pare dubbio che il legislatore del 1865 abbia inteso definire anche in relazione a quest'ultima la giurisdizione del giudice ordinario<sup>(20)</sup>.

Si deve osservare, comunque, ritornando al filo principale del ragionamento, che la contrapposizione tra situazione giuridica dell'Amministrazione, di solito potere giuridico, e situa-

<sup>(19)</sup> Cfr. le considerazioni di GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 33.

<sup>(20)</sup> Cfr. CANNADÀ BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, etc., cit., pag. 139, con il riferimento e la valutazione dell'opinione del CAMMEO sul problema.

zione giuridica del privato, di solito diritto soggettivo, si concreta nella maniera con la quale l'ordinamento modella le due posizioni in giuoco: dei limiti di esistenza dei poteri dell'Amministrazione, si dirà nei paragrafi seguenti; qui si deve notare subito, peraltro, che quando poteri dell'Amministrazione e diritti soggettivi dei privati sono a contatto diretto, i limiti di esistenza dei primi sono anche, *a contrario*, i limiti di esistenza dei secondi, nel senso che essi devono essere previsti nella medesima prefigurazione legislativa della loro struttura.

Si prenda la più tipica e la più scolastica delle ipotesi di contrapposizione di un potere dell'Amministrazione ad un diritto del privato: quella tra potere di espropriazione e diritto di proprietà. Questa ipotesi dovrà essere più dettagliatamente analizzata in seguito, dal punto di vista del tema del presente lavoro: essa, infatti, e la sua sistemazione, costituiscono un punto nodale, un passaggio obbligato e insieme un banco di prova, di ogni tentativo di ricostruzione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario. Già fin da adesso, peraltro, si debbono anticipare alcuni rilievi, in parte generalmente accettati, e in parte da giustificare successivamente: secondo la comune opinione, la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera comporta, per un verso, l'estinzione del diritto soggettivo del privato, e, per un altro verso, la nascita del potere di espropriazione dell'Amministrazione; questa vicenda pare trovare la sua corrispondenza nella stessa determinazione degli elementi oggettivi delle due situazioni soggettive in giuoco; pare, cioè, che attenga al modo di essere medesimo del potere di espropriazione, il tratto che esso non possa avere per oggetto che beni compresi in una dichiarazione di pubblica utilità; e al modo di essere del diritto di proprietà, che esso non possa avere per oggetto questi ultimi, s'intende nel rapporto con il potere di espropriazione<sup>(21)</sup>.

Si possono adesso svolgere alcune considerazioni conclusive, sia pure limitatamente a quanto fin qui accennato: la contrap-

<sup>(21)</sup> Il punto sarà approfondito in seguito: cfr., *infra*, al paragrafo 16.

posizione tra posizioni dell'Amministrazione e posizione del privato, pare svelare significati più profondi, che si possono cogliere soprattutto sulla base della dottrina dei poteri di SANTI ROMANO, che si è sopra richiamata; in particolare, sulla base del collegamento tra potere e capacità giuridica<sup>(22)</sup>. I poteri dell'Amministrazione, i loro caratteri, i loro limiti, attengono direttamente alla natura e ai contorni della sua personalità giuridica; la definizione di tali poteri, dei loro caratteri, dei loro limiti, significa anche determinare e misurare la capacità giuridica che l'ordinamento le riconosce, nei rapporti con gli altri soggetti, e, in prima linea, con i privati.

In questa prospettiva, è intuitivo che anche le posizioni di questi ultimi che acquistano qui rilevanza, hanno un collegamento con la capacità giuridica dei loro titolari, non solo se si tratta di poteri, giacché in questo caso si ricadrebbe nell'ipotesi ora considerata, ma anche se devono essere qualificati come diritti soggettivi: sempre secondo la dottrina di SANTI ROMANO, anche questi ultimi sono una specie di poteri, sia pure compresi entro un singolo rapporto; anche questi ultimi si ricollegano alla capacità giuridica del soggetto, sia pure attraverso l'intermediazione dei poteri in senso proprio. La conclusione risulta addirittura rafforzata, quando si prende come base del ragionamento la definizione generalmente condivisa, della capacità giuridica come misura della personalità, come misura della attitudine potenziale del soggetto ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive: questa definizione comporta, in tutta evidenza, che su i caratteri di essa si vengano a riflettere, in qualche modo, i caratteri di tali situazioni, e quindi anche dei diritti soggettivi; sul rapporto tra questi ultimi e i termini della contrappo-

(22) Per questo collegamento, cfr. SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 195, 196; FRANCESCO FERRARA sr., *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., pag. 200 e ss.; FERRARA SANTAMARIA, *Il potere di disposizione*, cit., pag. 13 e ss.

Per il collegamento tra potere giuridico e capacità d'agire, cfr., invece, tra gli altri: CHIOVENDA, *Sulla natura della espropriazione forzata*, cit., pag. 95 e ss.; MIELE, *Principi*, cit., pag. 45 e ss.

sizione tra posizione dell'Amministrazione e posizione del privato, si è già detto.

Da tutto ciò consegue che la contrapposizione tra poteri dell'Amministrazione e poteri e diritti dei privati, la precisazione della linea di confine tra gli uni e gli altri, prima ancora che all'assegnazione ad una delle due sfere giuridiche di concreti beni della vita, per dirla col CHIOVENDA, attiene alla configurazione della stessa personalità giuridica dei due soggetti che si fronteggiano; la definizione di tale contrapposizione, in ultima analisi, si traduce nella definizione dei ruoli, nel significato più ampio del termine, che l'ordinamento attribuisce ai soggetti pubblici e a quelli privati, al momento dell'autorità e a quello della libertà, o, da altro punto di vista, al momento della socialità e a quello della individualità, nelle loro reciproche limitazioni.

Nella giurisdizione del giudice ordinario rientra il sindacato sulle violazioni delle norme giuridiche che segnano il confine tra la sfera pubblica e quella privata, e a tale giurisdizione sfugge, per contro, il controllo di quelle illegittimità amministrative che non si traducono in lesione delle norme suddette. Il giudice ordinario è quindi il garante del rispetto di quella linea di confine: l'importanza e il significato della funzione che gli è attribuita, devono essere valutati anche alla luce delle osservazioni che precedono.

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.*

— La contrapposizione tra la sfera giuridica dell'Amministrazione e la sfera giuridica del privato, se da un lato deve essere inquadrata nella più profonda prospettiva sopra accennata, dall'altro si concreta, come si è notato, in una relazione tra situazioni giuridiche pertinenti all'uno e all'altro soggetto del rapporto amministrativo. Senza dubbio, tale relazione può essere considerata da vari angoli visuali: il profilo di essa, peraltro, di gran lunga più importante, e in sé, e in ordine alla materia qui trattata, viene colto rilevando che ognuna delle due situazioni giuridiche in giuoco determina, con la propria attribuzione ad uno dei due soggetti da parte dell'ordinamento, il limite della attribuzione dell'altra, all'altro soggetto, da parte del medesimo ordinamento.

La proposizione ora formulata può anche essere espressa, più in chiave con alcuni notissimi orientamenti dottrinali, dicendo che l'esistenza del potere dell'Amministrazione determina i limiti dell'esistenza del diritto soggettivo del privato, e viceversa. Certo, se il potere giuridico che l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione costituisce la base di legittimazione della azione che il soggetto pubblico può intraprendere per il perseguimento dei suoi fini istituzionali, se addirittura questa azione è esplicazione di quel potere, una conseguenza appare ovvia: quel potere medesimo, come possibilità di azione, trova il suo limite negli interessi di altri soggetti, i quali vengano tutelati dalla norma in modo assoluto, e quindi in quelle situazioni giuridiche, che, per la loro struttura, escludono interferenze di azioni altrui, nell'area da esse coperta. Per contro, se il diritto soggettivo del privato costituisce quella situazione giuridica che concreta la tutela assoluta concessa dall'ordinamento a determinati interessi di quel soggetto, mediante, tra l'altro, l'esclusione dell'interferenza di ogni azione altrui, è parimenti ovvio che tale diritto trovi il proprio limite, in corrispondenza dei limiti di quella situazione giuridica, di quel potere, che di questa azione altrui costituisce la base e la legittimazione.

Il punto focale del ragionamento, dunque, deve diventare l'analisi dei limiti di esistenza reciproci del diritto soggettivo del privato e del potere giuridico dell'Amministrazione. Il tema ha già trovato una sua elaborazione dogmatica della quale si deve tenere qui conto, e soprattutto è stato esaminato da una notissima dottrina dall'angolo visuale della distinzione tra le c.d. norme di relazione e le c.d. norme d'azione<sup>(23)</sup>: il primo filone della evoluzione concettuale che, come si era anticipato, si deve considerare, e cioè quello attinente alla elaborazione della nozione di potere giuridico, viene a intersecarsi strettamente, così, da questo punto di vista, col secondo dei tre profili di approfondimento dogmatico che si erano indicati in precedenza: quello attinente, appunto, alla differenziazione dei caratteri di questi due gruppi di norme.

Le basi della distinzione sono chiare: se la legge del 1865 ha attribuito al giudice ordinario la giurisdizione solo per un gruppo delle illegalità nelle quali può incorrere l'Amministrazione nella sua azione, solo per quelle illegalità che si traducono nella lesione di diritti soggettivi, è lapalissiano che, su questa base, si debba distinguere, nell'ambito delle norme che, in senso lato, disciplinano il comportamento dell'Amministrazione, tra quelle norme la cui violazione ricade nella giurisdizione suddetta, e quelle norme la cui violazione a tale giurisdizione sfugge; tra quelle norme dalle quali scaturiscono per il privato delle posizioni di diritto soggettivo, e quelle norme dalle quali non viene prodotto questo effetto. Posto il problema in questi termini, non si vede come la distinzione accennata possa venire negata nella sua essenza<sup>(24)</sup>; non solo: non si vede come si possa negare che la distinzione stessa ineriva fin dall'inizio al nostro sistema di giu-

<sup>(23)</sup> L'importanza e la necessità stessa di questa distinzione è già stata rilevata nella prima parte del presente lavoro, specialmente nel paragrafo n. 6: quanto si disse allora, e quanto si aggiunge ora, perciò, devono essere considerati come integranti reciprocamente in un discorso sostanzialmente unitario; ciò vale anche per i riferimenti bibliografici.

<sup>(24)</sup> Cfr., *supra*, specialmente pag. 74 e le note 68 e 69.

stizia amministrativa, e che con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, essa ha solo acquistato una nuova dimensione processuale <sup>(25)</sup>. La discussione può ritenersi aperta, perciò, solo per quel che riguarda la definizione dei caratteri dei due gruppi di norme, e la precisazione del significato della loro differenziazione; e la discussione, è ovvio, deve rispettare, ed anzi essere basata, sugli unici elementi che emergano con evidenza dal sistema: ossia, che le norme del primo gruppo tutelano diritti soggettivi del privato, e quelle del secondo no; che la violazione delle norme del primo gruppo è compresa nella giurisdizione del giudice ordinario, e quella delle norme del secondo gruppo fa viceversa parte, e anzi costituisce quel settore delle illegalità dell'azione amministrativa che il legislatore del 1865 a tal giurisdizione ha sottratto. Il campo di indagine rimane comunque assai vasto, anche perché da un riesame di alcuni aspetti della distinzione che si considera, l'impostazione del problema pare dover subire qualche ampliamento e modificazione.

L'analisi ha un limite ben preciso, che è opportuno segnalare subito: la distinzione tra i gruppi di norme può essere apprezzata soprattutto in una impostazione del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che sia formulata in termini obbiettivi; la più approfondita elaborazione di tale distinzione, anzi, deve essere considerata come il massimo sforzo di ricerca della soluzione del problema in quel modo impostato. Non che questa impostazione sia di per sé inaccettabile: al contrario, come abbiamo visto, essa è quella che, almeno in prima approssimazione, e nella fase iniziale dell'indagine, permette di arri-

<sup>(25)</sup> Dal particolare punto di vista dal quale il ragionamento viene svolto, esso non pare perdere validità, anche se si accettasse la tesi che con l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, venisse attuata una profonda trasformazione di quegli « interessi » che, secondo la dottrina dell'epoca, nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo erano contrapposti ai « diritti »: e cioè, se si ritenesse che essi, da interessi di mero fatto, come si dovevano considerare alla stregua della legge del 1865, nel 1889 diventassero situazioni giuridiche soggettive; cfr. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 340; cfr. sul punto, *supra*, pag. 41 e ss.

vare ai risultati più precisi. Ma, come si è accennato, l'impostazione in termini oggettivi è solo una delle due possibili, e anzi l'altra, quella in termini di situazioni giuridiche soggettive, è quella più coerente con i moduli concettuali normalmente usati dalla nostra dogmatica giuridica. Dopo aver considerato i profili di differenziazione dei due gruppi di norme dei quali si discorre, è perciò indispensabile tradurre i risultati in tal modo raggiunti, nel diverso quadro del rapporto tra situazione giuridica dell'Amministrazione e situazione giuridica del privato.

D'altra parte, tracce della distinzione in esame si ritrovano già nella letteratura della fine dell'ottocento e del principio del novecento <sup>(26)</sup>; ma, senza dubbio, la maggiore elaborazione di essa si trova nella costruzione del GUICCIARDI <sup>(27)</sup>, nella differenziazione da questo autore tracciata, tra le norme che, secondo la terminologia da egli proposta, e generalmente diffusa, devono chiamarsi di relazione, e quelle di azione: piuttosto che prendere le mosse dai primi tentativi dottrinali, pare senz'altro più pro-

<sup>(26)</sup> Ricchi di spunti sono, tra l'altro, gli scritti di LEPORINI (*Di una teoria sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, etc., in *Studi senesi*, vol. IX, pagg. 204 e ss.), di MEUCCI (*Il principio organico del contenzioso amministrativo*, etc., in *Giust. amm.*, 1891, IV, pagg. 1 e ss.), di PORRINI (*La giurisdizione amministrativa di annullamento*, etc., in *Arch. giur.*, 1892, pagg. 499 e ss.). Cfr. MIELE, *Questioni vecchie e nuove*, etc., cit., in *Foro amm.*, 1940, IV, pag. 52.

<sup>(27)</sup> Esposta, come è noto, nell'articolo *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, pubblicato in *Arch. dir. pubbl.*, vol. II (1937), pag. 51 e ss., e trasfusa nella diffusissima *Giustizia amministrativa* (3<sup>a</sup> ed., Padova 1954; ristampa anastatica: 1957), alla quale ci si riferisce nelle citazioni.

Cfr. anche TOSATO, nello scritto più volte citato (*Interesse materiale e interesse processuale*, etc.), comparso ugualmente nel 1937 (*passim*, ma specialmente pagg. 50 e ss., 61 e ss., 77 e ss.), nonché in *Impugnativa dei decreti reali di annullamento*, etc., cit., sempre in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pagg. 47 e ss.; ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale*, etc., cit., in *Arch. giur.*, 1943, pagg. 139 e ss.; SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, pagg. 25 e ss., 101 e ss.

Tra le critiche che tale costruzione ha avuto in dottrina, cfr., tra le più recenti: GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 7, 8; CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 343 e ss., nonché *La tutela giudiziaria*, etc., cit., pagg. 57 e ss.; KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pagg. 123 e ss.; VILLATA, *L'esecuzione*, etc., cit., pagg. 212 e ss.

ficuo basare il discorso sui risultati che possono considerarsi così già acquisiti allo sviluppo dogmatico.

Come si sa, il primo dei proposti fattori di distinzione tra i due gruppi di norme è costituito dalla pertinenza soggettiva dell'interesse tutelato: questo, anzi, pare essere il profilo dominante nella teorica del GUICCIARDI<sup>(28)</sup>, anche perché l'autore ricollega ad esso la diversità dei mezzi di tutela dei quali può disporre il privato, nei confronti degli atti amministrativi, rispettivamente, illeciti e illegittimi<sup>(29)</sup>. Da questo punto di vista, dunque, la distinzione tra norme di azione e norme di relazione può essere profilata, in prima approssimazione, nel senso che le une svolgono preminentemente la funzione di protezione degli interessi dei soggetti privati, e le altre quella di protezione degli interessi del soggetto pubblico<sup>(30)</sup>. Il criterio proposto si riallaccia ad una delle poche costanti, che si rinvennero fissate nella secolare elaborazione dei rapporti tra Amministrazione e privati: la tendenza a delineare le situazioni giuridiche soggettive, a cominciare dallo stesso diritto soggettivo, in termini di protezione di interessi; si tratta di un filone concettuale, del quale è evidente la derivazione dalla grande matrice della definizione del diritto soggettivo dello JHERING. In questo ordine di idee, il proposto criterio di differenziazione può essere agevolmente sostenuto: se il diritto soggettivo del privato nei confronti dell'Amministrazione è delineato come un suo interesse protetto in modo esclusivo; se, per definizione, la tutela dei diritti soggettivi dei privati è effetto che scaturisce dalle norme di relazione, e che addirittura caratterizza la categoria, non si può non ritenere inscindibilmente connesso con queste la fun-

<sup>(28)</sup> GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 9 e ss.

<sup>(29)</sup> GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 19 e ss.

<sup>(30)</sup> Cfr., secondo linee assai simili a quelle sostenute nel testo: CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 633 e ss.

zione di tutela degli interessi individuali. D'altronde, già lo stesso sviluppo di questa sequenza logica dà, per contrasto, una precisa indicazione circa la direzione verso la quale si deve intraprendere la ricerca dell'interesse che è tutelato dalle norme di azione: se, parimenti per definizione, queste vengono contrapposte alle norme di relazione, tale direzione sarà affatto diversa: quella dell'interesse dell'Amministrazione, secondo la costruzione del GUICCIARDI, la quale postula, evidentemente, una precisa prospettiva in materia di rapporti tra Amministrazione, Stato-apparato, Stato-ordinamento; o, forse, più sfumatamente, quella di un generico interesse pubblico, che si può concretare in varie pertinenze soggettive e in varie consistenze oggettive<sup>(31)</sup>, e che non esclude interferenze, anche tutt'altro che meramente occasionali, con interessi individuali<sup>(32)</sup>. Naturalmente, la direzione di ricerca degli interessi tutelati dalle norme di azione, che si può intuire già sulla base della loro contrapposizione alle norme di relazione, è poi positivamente confermata dalla ricostruzione del ruolo che svolgono all'interno della funzione amministrativa, e nel quadro della intera disciplina legislativa di questa.

Per il fondamento e le motivazioni che vengono addotte, quindi, deve essere riconosciuta la possibilità di delineare una prima distinzione tra le norme di relazione e quelle di azione,

<sup>(31)</sup> Il discorso del testo sfiora qui una tematica estremamente delicata e assai discussa; per qualche riferimento alla letteratura di questi anni cfr., da vari punti di vista, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 3 e ss., 74 e nota 47, 92 e ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1970, pag. 106 e ss. (e, per brevi ma interessanti spunti, *Caduta di un altro privilegio del Fisco*, in *Giur. cost.*, 1967, pag. 1081); CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, cit.; POTOTSCHNIC, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, pagg. 361 e ss., specialmente pagg. 406 e ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica Amministrazione*, Torino 1967, pagg. 301 e ss., 309 e ss.; VILLATA, *L'esecuzione*, etc., cit., pagg. 443 e ss.; PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pagg. 57 e ss., su un piano diverso, ma con spunti interessanti anche in questa sede, e con ampie indicazioni bibliografiche.

<sup>(32)</sup> Sul carattere costante nella letteratura sull'argomento, del rilievo della coincidenza nell'interesse legittimo dell'interesse pubblico e dell'interesse privato, v., dal punto di vista dell'« imparzialità » dell'Amministrazione, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pag. 12 e nota 18.

sotto il profilo della diversità degli interessi tutelati; non solo: si deve anche ritenere sostanzialmente valido il collegamento delle une con gli interessi individuali, e delle altre con l'interesse pubblico<sup>(33)</sup>. Ciò non toglie, però, che la distinzione proposta deve essere approfondita, e il suo senso chiarito, se non per qualche aspetto corretto.

Da un lato, infatti, come ha rilevato lo stesso GUICCIARDI, la definizione delle norme di relazione come delle norme che tutelano interessi privati, è legata ad una particolare impostazione del rapporto tra Amministrazione e privato: quella impostazione consueta, cioè, per la quale l'accento è messo soprattutto sul punto di vista di quest'ultimo. Conformemente alla costruzione guicciardiana<sup>(34)</sup>, e secondo la prospettiva, per questo aspetto sostanzialmente analoga, che qui si cerca di sostenere, più esatta sembra la constatazione che le norme di relazione attuano una composizione degli interessi collidenti dell'uno e dell'altro soggetto del rapporto: se, da un lato, le norme di relazione tutelano in modo esclusivo l'interesse del privato fino ad un certo punto, fino al medesimo punto, ma dall'opposto angolo visuale, viene protetto l'interesse dell'Amministrazione; non si possono dissociare quelle che sembrano essere due facce di una stessa medaglia. Perciò, l'affermazione che le norme di relazione tutelano, e tutelano in modo assoluto, diritti, interessi del privato, può essere accolta nella misura nella quale si accolga la proposizione, solo apparentemente contraddittoria, che quelle medesime norme tutelano, e tutelano in modo assoluto, poteri, interessi dell'Amministrazione<sup>(35)</sup>.

<sup>(33)</sup> La dottrina meno recente era già su queste posizioni; v.: ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 735, e, con grande chiarezza, PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 501 e ss.; cfr. anche LEPORINI, *Di una teoria sui limiti della competenza*, etc., cit., pag. 212 e ss.

<sup>(34)</sup> Non pare quindi giustificata la critica che GIANNINI (*Discorso generale*, cit., pag. 8) rivolge alla costruzione del GUICCIARDI, basata sulla considerazione che, secondo questa, le norme di relazione tutelerebbero solo interessi dei privati.

<sup>(35)</sup> Cfr., con molta precisione, GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 70, nonché le considerazioni già accennate, *supra*, pagg. 107 e ss.

D'altro canto, anche il rapporto tra normativa di azione e interesse pubblico deve essere precisato. Deve essere rilevato, cioè, che esso non esclude che talvolta la normativa di azione interferisca favorevolmente con interessi individuali, in modo più specifico di quello connesso con una coincidenza di puro fatto di essi, con quello pubblico<sup>(36)</sup>. Si consideri la posizione di un farmacista, nei confronti dell'apertura di un altro esercizio farmaceutico, a distanza minore di quella legale; per ampliare l'esemplificazione, si consideri anche la posizione del proprietario di un'area compresa in un comparto edificatorio, il suo interesse a procedere lui stesso alla costruzione, nei confronti dell'esercizio del potere di espropriazione; non pare che si possa ritenere che sia meramente occasionale la relazione tra la norma di azione che proibisce quella apertura, tra la norma di azione (se tale viene ritenuta)<sup>(37)</sup>, che vieta l'esproprio senza diffida, e gli interessi individuali indicati, che esse finiscono col tutelare; al contrario, sembra che si debba dire che il legislatore ha voluto la protezione di quell'interesse del farmacista, e di quell'interesse del proprietario. Anche in tali ipotesi, però, è possibile il recupero del collegamento tra normativa di azione e interesse pubblico: si deve notare che la tutela degli interessi individuali da parte di norme di azione, anche se non è meramente occasionale, ha pur sempre un carattere funzionale: la protezione accordata ad essi, cioè, è solo mezzo e strumento di disciplina dell'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, in vista del miglior raggiungimento dello scopo a questo demandato; riprendendo gli esempi prima accennati, si deve dire che è stata data tutela all'interesse del farmacista, all'interesse del proprietario, perché attraverso di essa si regola nel modo ritenuto più efficace e opportuno il perseguimento dell'interesse pubblico ine-

<sup>(36)</sup> Cfr. i rilievi di GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 8.

<sup>(37)</sup> Per la ricostruzione di questa ipotesi, secondo che si configuri la posizione del proprietario come un diritto soggettivo oppure come un interesse legittimo, v., *infra*, alla fine del paragrafo n. 19.

rente all'ordinamento del servizio farmaceutico, o dell'attività edilizia. Tutta la chiave del ragionamento sta nel significato che deve essere qui attribuito all'espressione « interesse pubblico »<sup>(38)</sup>. Non si tratta del generico interesse pubblico che è ravvisabile alla base di ogni disciplina legislativa, del generico interesse pubblico che si evoca quando si dice che è conforme ad esso la tutela di un qualsiasi diritto soggettivo del privato, o la composizione di un dato conflitto intersoggettivo di interessi; di quell'interesse, cioè, che è pubblico, in quanto si ricollega direttamente all'ordinamento generale. Nell'ipotesi in esame, viceversa, l'interesse pubblico è quello specifico, individuato, in relazione al quale deve essere esercitato il singolo potere che l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione<sup>(39)</sup>: è l'interesse che è interno, quindi, alla funzione amministrativa, e non ne fonda, ma ne presuppone i limiti. In ultima analisi, questo interesse coordina e unifica gli interessi di altri soggetti che vengano considerati dalla normativa di azione, in quanto in relazione a quello, questi appaiono suoi momenti o specificazioni parziali.

Il punto è strettamente connesso, in tutta evidenza, con la definizione dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, e quindi, almeno secondo i comuni orientamenti, con la definizione dell'oggetto del processo amministrativo; come si è cercato di dimostrare, questi temi non sono collegati con passaggi essenziali della ricostruzione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; l'accento ad alcuni spunti in proposito, perciò, non sarebbe necessario da tale punto di vista; esso, però, non pare inopportuno, in relazione ad una esigenza di completezza del ragionamento, purché il discorso sia mantenuto assai sintetico, e li-

<sup>(38)</sup> Cfr., molto puntualmente, MIELE, *Questioni vecchie e nuove*, cit., pag. 53: qualunque interesse individuale, in quanto ottenga una qualche tutela da parte dell'ordinamento giuridico, come diritto soggettivo, come interesse legittimo o come interesse semplice, « ... reca con sé un riflesso dell'interesse pubblico, è stabilito cioè anche nell'interesse pubblico ».

<sup>(39)</sup> Oltre a GUICCIARDI, *opp. loc. cit.*, cfr. anche ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale*, cit., pag. 139 e ss., 154.

mitato a quei rilievi che con più immediatezza sono suggeriti dalle osservazioni che precedono.

La prima questione da considerare è quella della configurabilità stessa dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale. La risposta che pare doversi dare al riguardo, è senz'altro affermativa. Sembra, infatti, che in qualunque modo si voglia definire il concetto di situazione giuridica soggettiva sostanziale, essa sia da ravvisarsi là, dove si può individuare una connessione che possa dirsi non meramente occasionale, tra una norma obbiettiva e un interesse soggettivo; ora questa connessione pare doversi riscontrare negli esempi sopra richiamati, come in infiniti altri casi a tutti noti, in quanto tipici del fenomeno. L'affermazione della configurabilità dell'interesse legittimo come situazione sostanziale costituisce forse la più grossa divergenza del tentativo di ricostruzione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che si viene proponendo, dalla teoria che si vorrebbe dire pura, della distinzione tra norme di relazione e norme di azione, che pure in così grande parte viene qui accolta.

La tesi che si cerca di delineare, peraltro, diverge dalla classica teoria dell'interesse legittimo come situazione sostanziale, in due punti di fondamentale importanza: la relazione di esso con la norma di azione, e quella col processo amministrativo.

A questo secondo aspetto, si accennerà sinteticamente in seguito<sup>(40)</sup>; qui si considererà assai in breve il primo profilo, a proposito del quale sembra di dover rilevare che l'orientamento tradizionale, pur non arrivando a sostenere che da ogni norma di azione scaturisca la tutela di un interesse legittimo, tende, comunque, a considerare il legame tra l'una e l'altro più generalizzato e normale di quanto pare di dover riscontrare.

L'orientamento che si critica muove da una impostazione che, *more solito*, è ristretta alla prospettiva che può offrire il punto di vista delle situazioni giuridiche del privato. In tal modo, la stessa circostanza per la quale da alcune norme di azione non derivano,

<sup>(40)</sup> Cfr., *infra*, ai paragrafi nn. 24 e 25.



per il soggetto, interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali, è descritta soprattutto con l'osservazione che, in quel caso, la posizione del soggetto stesso è solo di interesse semplice, di un interesse, cioè, al quale non può essere attribuito il carattere suddetto. Forse, è questa la matrice di una distorsione concettuale, che comunque, quali che siano le sue cause, deve essere posta in evidenza: la conseguenza che non ogni norma di azione tuteli un interesse legittimo in senso sostanziale, è più notata indirettamente, mediante il rilievo accennato del carattere di mero fatto della posizione di interesse privato contrapposta, che dedotta in via primaria, sulla base di una analisi approfondita dei nessi tra disposizione di legge e posizione individuale.

In ogni caso, tali nessi rimangono piuttosto in ombra: e ciò si ripercuote in pieno nella stessa definizione, e classificazione, dell'interesse legittimo in senso sostanziale. Certo, tale definizione pone l'accento su un elemento che, almeno apparentemente, sembra assai chiaro e preciso: quello, appunto, del carattere riflesso della tutela che scaturisce per un interesse individuale, da una norma posta, anzitutto, in funzione dell'interesse pubblico. Ma, ad una considerazione solo un poco più attenta, questa impressione di esattezza si dissolve. Nella definizione suddetta, infatti, rientrano, anzitutto, quelle ipotesi nelle quali il nesso tra norma di azione e interesse individuale, per quanto indiretto, pare costituire un elemento costante e essenziale della situazione normata: quelle ipotesi, appunto, nelle quali, come è accennato, sembra effettivamente di dover individuare un interesse legittimo vero e proprio, inteso, cioè, come una situazione giuridica sostanziale. Accanto a questo gruppo di ipotesi, però, vengono generalmente posti altri casi, sempre classificati entro la categoria dell'interesse legittimo, nei quali, al contrario, quello stabile collegamento suddetto non si rinviene più: esso è solo eventuale, tanto che l'interesse del privato viene allora definito come « occasionalmente protetto ». In tal modo, si ottengono delle conseguenze che devono essere poste in risalto, e puntualmente criticate. Anzitutto, l'orien-

tamento in esame sembra aggirare puramente e semplicemente quello che, al contrario, pare essere il principale problema che domina la materia che si tratta: ossia, se sia ammissibile la definizione come di una situazione giuridica sostanziale, della protezione di un interesse individuale, che solo occasionalmente, e non anche essenzialmente, sia connesso con la norma <sup>(41)</sup>. In secondo luogo, quel carattere della nozione di interesse legittimo, che sopra si era detto apparentemente chiaro e preciso, ora acquista un significato polivalente, in relazione ai possibili nessi che possono intercorrere tra norma di azione e interesse individuale, tanto che la nozione stessa sembra diventare incerta e sfumata nei suoi profili più caratterizzanti. Infine, non si sa come conseguenza, oppure come causa di questa perdita di precisione nella definizione, ma sicuramente a prezzo di essa, si ottiene quel risultato subito rilevato: che l'interesse legittimo sarebbe una situazione sostanziale, che, seppur non costantemente, almeno generalmente deriverebbe dalla normativa di azione. Norma di azione e interesse legittimo, perciò, sarebbero concetti che, almeno tendenzialmente, si implicherebbero a vicenda.

La tesi che sembra di dover sostenere, par doversi delineare in direzioni completamente diverse. Non solo, come si è accennato in precedenza, e più volte, il legame tra norma di azione e interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, non si rintraccia costantemente <sup>(42)</sup>; esso, si deve ora precisare, è relativamente eccezionale: non è certo in ordine alla maggior parte delle norme in parola, che si rintraccia quella connessione con l'interesse individuale, che pare essere caratteristica della figura che

<sup>(41)</sup> Cfr., *supra*, al paragrafo n. 7.

<sup>(42)</sup> Anche oltre, ben s'intende, la limitazione già individuata da TOSATO (*Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., pag. 69): che la norma che tutela un interesse legittimo deve riguardare l'attività dell'Amministrazione che si estrinseca in atti amministrativi, in atti amministrativi in senso tecnico; limitazione che qui è sempre presupposta, coerentemente al legame tra interesse legittimo e potere dell'Amministrazione (cfr., *supra*, pagg. 106 e ss.), e alla correlazione sostenuta tra esercizio di quest'ultimo e atto amministrativo (cfr., *supra*, specialmente paragrafi nn. 10 e 11).

si esamina; quella connessione, cioè, che presenti quei rigorosi requisiti, alla cui sussistenza sembra sia condizionata l'individuazione della situazione di interesse legittimo in senso sostanziale.

Questa impostazione permette di rovesciare quelle conseguenze che si erano sopra delineate, per criticarle. Anzitutto, si deve osservare che il problema della definizione delle norme di azione, deve procedere indipendentemente dalle esigenze di precisazione dei caratteri dell'interesse legittimo: sarebbe inaccettabile la definizione delle norme di azione, come di quelle norme che tutelano interessi legittimi, invece che diritti soggettivi; e, si deve aggiungere, del resto sarebbe insufficientemente significativa, da un punto di vista ricostruttivo, pur essendo in sé esatissima, la definizione degli interessi legittimi, come di quelle posizioni che derivano da norme di azione, invece che da norme di relazione. In secondo luogo, l'adozione dell'angolo visuale indicato permette di evitare la principale sfasatura di prospettiva che si era indicata: permette di evitare, cioè, di delineare l'essenza della situazione di interesse legittimo in senso sostanziale, e cioè il nesso tra norma di azione e interesse del privato, in modo così generico e sfumato, che esso possa costituire una sorta di minimo comun denominatore tra le eterogenee ipotesi nella quali interferenze del genere possono essere individuate<sup>(43)</sup>.

Fin da uno dei primi paragrafi di questo lavoro<sup>(44)</sup>, si era notato come si possa parlare di situazione giuridica sostanziale solo quando il nesso tra norma e interesse del privato rivesta in carattere particolare. Ora, per la definizione dell'interesse legittimo in senso sostanziale, occorre andare oltre, precisando tale nesso in modo più rigoroso. A questo proposito, pare di dover richiamare quell'ordine di considerazioni svolte in precedenza, notando che si può parlare di interesse legittimo come situazione giuridica

<sup>(43)</sup> Cfr. le puntuali critiche di TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 22 e ss.

<sup>(44)</sup> Cfr. *supra*, al paragrafo n. 7.

sostanziale, appunto quando, e solo quando<sup>(45)</sup>, un interesse del privato riceve da una norma di azione una puntuale tutela<sup>(46)</sup>, la quale è mezzo per il perseguimento dell'interesse interno alla funzione amministrativa<sup>(47)</sup>. Si noterà la divergenza di questa defini-

<sup>(45)</sup> Cfr. le considerazioni di GIANNINI (*Discorso generale*, cit., pag. 51 e ss.), a favore di una distinzione in più categorie delle figure correntemente comprese in modo indiscriminato nel concetto di interesse legittimo; pare senz'altro da condividersi questa affermazione di una esigenza di analisi di una nozione troppo vasta, e troppo malcerta nei suoi contorni: ma sembra che la prima classificazione che al riguardo si deve formulare, e tenere ferma, è quella che distingue tra l'interesse legittimo inteso come situazione giuridica sostanziale, di cui nel testo si propone una definizione, e le altre ipotesi di interferenze solo occasionali tra interesse individuale e norme di azione, che solo impropriamente sono ricondotte alla nozione suddetta: che poi a loro volta queste diverse ipotesi siano suscettibili di ulteriori classificazioni, pare indubbio, giacché pare indubbio che di diverso tipo possano essere quelle interferenze stesse. Pare anche possibile, e anzi probabile, che ulteriori classificazioni siano delineabili anche nell'ambito degli interessi legittimi in senso stretto, secondo l'impostazione qui accennata: ma la prosecuzione del discorso in questa direzione ci porterebbe troppo fuori dal tema del presente lavoro.

Sulla classificazione degli interessi legittimi cfr. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano 1971, pagg. 46 e ss., con un riferimento bibliografico a GLEIJESES, oltre che a GIANNINI. Cfr. ancora: NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, *Foro it.*, 1967, V, 19; COLTELLI, *Note sui limiti della tutela degli interessi privati nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, pagg. 352 e ss.; LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza della libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, pagg. 832 e ss., 838 e ss. Da ultimo, v. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, cit., pagg. 19 e ss.

<sup>(46)</sup> Assai preciso, in questo senso, TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., specialmente pagg. 42 e ss., 50 e ss., 69 e ss.; a pagg. 84 e ss. e 94 e ss. viene anche affermato che non da tutte le norme che qui sono dette di azione derivano interessi che possano dirsi legittimi in senso tecnico, pur su basi meno restrittive di quanto sostenuto nel testo, e in ogni caso non completamente coincidenti.

Da altro angolo visuale, cfr. gli spunti nella dottrina meno recente: MEUCCI, *Il principio organico*, etc., cit., in *Giust. amm.*, 1891, IV, pag. 15; PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, etc., cit., in *Arch. giur.*, 1892, pagg. 501 e ss.

La tesi affermata è molto vicina alle definizioni di SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, etc., cit., pagg. 40 e ss., e alle osservazioni di OTTAVIANO, *Poteri dell'Amministrazione e principi costituzionali*, cit., *passim* (a pag. 479, dal punto di vista dei diritti c.d. sociali). Cfr. infine ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pag. 102 e nota 104, e pagg. 108 e ss.

<sup>(47)</sup> È evidente, peraltro, che la strumentalizzazione della tutela dell'interesse privato ai fini della tutela dell'interesse pubblico è operata dalla norma; e, si vorrebbe aggiungere, solo dalla norma: da questo punto di vista sembra chiara l'irrilevanza dell'atteggiarsi in modo diverso della relazione tra questi due interessi nella

zione, da quella tradizionale dell'interesse privato, tutelato di riflesso da una norma che mira, anzitutto, al raggiungimento di un interesse pubblico: dall'analisi delle figure nelle quali pare dover si individuare un interesse legittimo in senso proprio, non sembra che la tutela dell'interesse privato sia riflessa, e, quindi, in qualche modo secondaria, e automaticamente derivata; al contrario, essa pare costituire, da un certo punto di vista, un vero e proprio *prius* logico, anche se viene concessa da una norma di azione, come strumento per il raggiungimento dell'interesse pubblico interno alla funzione amministrativa. Si prenda il classico esempio dell'interesse del vincitore di un pubblico concorso, in ordine alla nomina da parte dell'Amministrazione<sup>(48)</sup>. Certo, è da una norma che si deve definire d'azione<sup>(49)</sup>, che scaturisce il vincolo dell'Amministrazione medesima a procedere a tale nomina; ma non pare che sia realistica una ricostruzione di quel vincolo, che ponga l'accento sul carattere primario del collegamento tra la norma di azione e l'interesse pubblico all'assunzione del migliore, delineando così solo come occasionalmente riflessa la tutela del coincidente interesse del vincitore del concorso. Sembra, al contrario, che l'interesse che la norma d'azione ha inteso intenzional-

concretezza dei singoli casi. Pare criticabile, perciò, la tesi della inammissibilità del ricorso al giudice amministrativo quando l'interesse pubblico connesso con quello privato del quale si chiede tutela sia in concreto non più perseguibile: tesi fatta propria da una assai nota decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (8 gennaio 1966, n. 1, in *Foro it.*, 1966, III, 75, con nota di SANDULLI), la quale ha influenzato la giurisprudenza successiva, specie nei primi tempi (v. Cons. giust. amm. reg. sic., 19 giugno 1971, n. 348, *Foro it.*, 1971, III, 317, con nota riassuntiva di essa, a cui *adde* Sez. V, 28 giugno 1971, n. 650, *id.*, Rep., 1971, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 584). Anche da questo punto di vista, dell'esigenza di un maggiore distacco del giudice amministrativo dall'interesse pubblico così come si configura del caso concreto, possono essere apprezzate le parole di CANNADA BARTOLI, critiche nei confronti di un male inteso concetto di « ausiliarità » del Consiglio di Stato nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali: *L'istituzione dei tribunali amministrativi e la tutela del cittadino in un recente disegno di legge*, in *Foro amm.*, 1968, III, 865.

<sup>(48)</sup> Per la ricostruzione dell'ipotesi, cfr. anche TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., pag. 72.

<sup>(49)</sup> Sulla giustificazione di questa qualifica, cfr., *supra*, al paragrafo n. 9, pag. 107.

mente proteggere in modo diretto, sia proprio quest'ultimo, anche se tale protezione trova la sua ragion d'essere di una valutazione di base che si iscrive in una più vasta prospettiva: ossia, nella valutazione che quella protezione costituisce il mezzo migliore per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico, interno alla funzione amministrativa, alla nomina del migliore<sup>(50)</sup>. Un analogo collegamento primario ed essenziale, pare doversi individuare tra gli interessi di quel farmacista, e di quel proprietario, ai quali si è sopra accennato, e le pertinenti norme di azione<sup>(51)</sup>. Dalle considerazioni che si sono svolte, in generale, e in relazione a specifici esempi, pare prendere consistenza una tendenza nettamente a favore dell'esaltazione dei profili soggettivi e sostanziali della nozione di interesse legittimo. Tendenza, che, sia pure nell'ambito della particolare prospettiva che si viene qui delineando, si ricollega a quel che può considerarsi un orientamento evolutivo di fondo della moderna dogmatica, che emerge anche da altre opinioni sostenute di recente, benché partendo da presupposti e sviluppando costruzioni per altri aspetti assai diverse<sup>(52)</sup>.

<sup>(50)</sup> Cfr. le considerazioni di GIANNINI (*Discorso generale*, pag. 54 e ss.), con le quali si concorda nell'affermazione che, nell'interesse legittimo, e in particolare in quello del vincitore del concorso, vi è tutela puntuale dell'interesse individuale. Peraltro, dalle tesi ivi espresse da quell'autore, qui si diverge sotto due profili: anzitutto, si preferisce attribuire alla posizione tutelata del vincitore del concorso, carattere addirittura sostanziale, o se si vuole materiale, e non solo procedimentale; inoltre, non sembra potersi consentire sul rilievo che dal vincolo del giudice ai motivi dedotti nel ricorso, si può dedurre il carattere individuale dell'interesse tutelato nel giudizio, per quanto sia sicuramente individuale l'interesse tutelato col giudizio. Sul punto, cfr. *infra*, il paragrafo n. 25.

<sup>(51)</sup> Su tutto il problema della relazione tra interesse pubblico e interesse privato, le cui protezioni concorrono nella figura dell'interesse legittimo, cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, dal particolare punto di vista di questo scritto: *passim*, ma specialmente pagg. 33 e ss., 196.

Cfr. anche COLTELLI, *Note sui limiti della tutela*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, pagg. 340 e ss., specialmente pagg. 347 e ss., 360 e ss., 369 e ss.

<sup>(52)</sup> Cfr., tra gli altri: MIELE, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 17, e *Questioni vecchie e nuove*, cit., in *Foro amm.*, 1940, IV, 49 e ss.; GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 51 e ss., e *passim*; SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., pag. 40; PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., *passim*, ma specialmente vol. II.

Ci si può domandare come questa accentuazione dei caratteri soggettivi e sostanziali dell'interesse legittimo, siano conciliabili con altri aspetti della linea di ragionamento che si propone: in particolare, con la limitazione del concetto di sfera giuridica soggettiva del privato, alle sole posizioni di questo soggetto, che siano tutelate dall'ordinamento come diritti soggettivi perfetti; e, in definitiva, con l'affermazione, talvolta esplicita, e comunque sempre implicita nelle tesi che si cerca di sostenere, della profonda differenziazione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo medesimo. Ad una possibile obiezione del genere, sembra di dover rispondere nel seguente modo: l'accentuazione dei caratteri suddetti, per quanto possa essere spinta in avanti, non può mai soverchiare il risalto eminente che deve comunque essere riconosciuto ad un diverso fattore di differenziazione tra le due situazioni: l'interesse legittimo rimane pur sempre una posizione del privato, che si trova garantita dalla norma nell'ambito di un potere attribuito all'Amministrazione; e che si trova garantita in modo in un certo senso sempre eventuale e secondario. Il diritto soggettivo del privato è tutelato dall'ordinamento nel momento stesso nel quale esso tutela il potere dell'Amministrazione, e quindi appare come avente la medesima consistenza di questo potere medesimo; anzi, sembra di poter dire di più: se si tiene conto che diritto soggettivo del privato e potere dell'Amministrazione sono sviluppi della capacità giuridica, della personalità, quindi, che l'ordinamento attribuisce a questi due soggetti, non pare una coloritura eccessiva del discorso notare che il diritto soggettivo ha la medesima dignità del potere dell'Amministrazione; diritto soggettivo e potere sono le manifestazioni nelle quali, e per le quali, Amministrazione e privato si rivelano come *personae* nel significato più pregnante del termine, dell'ordina-

pag. 470 e ss.; KLITSCHÉ DE LA GRANCE, *La giurisdizione ordinaria*, ect., cit., pagg. 150 e ss., 156 e ss.; nello stesso senso, ma da un punto di vista costituzionalistico, v. tra gli altri, soprattutto BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, pag. 16 e ss.

mento giuridico<sup>(53)</sup>. L'interesse legittimo tutela un interesse del privato, che in linea di principio è abbandonato alla disponibilità del soggetto pubblico; la sua tutela è solo eventuale, perché solo eventualmente una norma di azione lo può contemplare: in difetto di questa, l'interesse del privato rimane di mero fatto, e quindi completamente indifferenziato, rispetto a tutti gli altri interessi di mero fatto che un qualsiasi soggetto può avere, rispetto all'esercizio di poteri e di diritti di un altro soggetto; ma anche quando l'eventualità indicata si realizza, resta chiaro che la tutela di quell'interesse rimane pur sempre secondaria: secondaria rispetto a quella che si concreta in un vero e proprio limite del potere, della capacità giuridica, della soggettività dell'Amministrazione. Certo, una volta tutelato un interesse del privato come un interesse legittimo, il comportamento dell'Amministrazione resta vincolato; certo, in tal caso il comportamento dell'Amministrazione resta vincolato in un modo non meno stringente di quello che è disciplinato in funzione della garanzia dei diritti soggettivi del cittadino; ma pare del tutto intuitiva la differenza di consistenza e di rilevanza, in una parola la differenza di significato, tra il dovere dell'Amministrazione di rispettare i diritti soggettivi altrui, e quello di non ledere interessi legittimi.

Nella definizione di interesse legittimo che qui si propone, dunque, pare rimanere piena la sua differenziazione dal diritto soggettivo; si può quindi riprendere il filo principale del ragionamento, e il parallelo tra tale definizione, e quella della classica teoria sopra richiamata; sembra che la diversità tra queste due nozioni pare essere tutt'altro che circoscritta ad una sfumatura verbale: essa concerne la sostanza delle relazioni che si vengono a instaurare tra norma di azione, interesse pubblico e interesse privato. La variante che si propone, tra l'altro, permette di superare il più forte rilievo critico rivolto dalla dottrina alla teoria dell'interesse legittimo come interesse privato tutelato di riflesso: quello, cioè, che si appunta sull'impossibilità che una norma posta

(53) Cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 101 e ss.

in funzione dell'interesse pubblico, tutelati di riflesso non solo in linea di puro fatto, anche un interesse privato<sup>(54)</sup>.

Convorrà limitare qui la digressione in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo, la quale è stata compiuta nei confronti della linea principale del ragionamento, che non si può tardare a riprendere. Raccogliendo le fila di quanto si è venuti dicendo, si può concludere, dunque, che, a ben guardare, la distinzione tra norme di relazione e norme di azione che ora si esamina, se è basata su un indubbio nesso delle une con l'interesse privato, e delle altre con l'interesse pubblico, è definibile con maggiore precisione se si ha riguardo, piuttosto, al ruolo che svolgono le norme stesse, e al modo col quale, conseguentemente, esse tutelano tali interessi. Il *proprium* delle norme di azione, deve essere visto nel carattere funzionale, per così dire, della disciplina che esse attuano: di qui, la posizione assolutamente preminente che acquista l'interesse pubblico, quello però interno alla funzione amministrativa, nei confronti di interessi individuali la cui tutela sia stata eventualmente considerata, e che può essere stata considerata solo strumentalmente, come mezzo a fine. Il *proprium* delle norme di relazione, per contro, sta nella risoluzione di conflitti intersoggettivi di interessi, all'esterno, quindi, della funzione amministrativa, che esse dispongono: di qui, il carattere assoluto della protezione degli interessi privati, oltre che di quelli pubblici contrapposti, ma non sovraordinati, che da esse, e da esse sole, scaturisce. Da ciò consegue, pur con quelle correzioni di

(54) Cfr. i rilievi assai puntuali di CASSETTA, *Diritto soggettivo*, etc., cit., pag. 614, 615; cfr. anche le considerazioni di CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pagg. 54, 55, e, da ultimo, la voce *Interesse*, cit., pagg. 23 e ss., e le vivaci osservazioni di GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pag. 39, nonché GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 253, e VIRCA, *La distinzione tra diritto e interesse come fondamento della ripartizione di competenza*, in *Atti del terzo convegno di studi di scienza dell'amministrazione: La giustizia nell'amministrazione*, Milano 1959, pag. 142.

Nella dottrina meno recente, v. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 1 e ss., 22 e ss., 35 e ss.; ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale*, etc., cit., pagg. 142 e ss.

prospettiva che si sono sopra delineate, l'esattezza dell'opinione, che è tanta parte nella costruzione del GUICCIARDI: quella, secondo la quale l'atto amministrativo non conforme ad una norma di azione, l'atto amministrativo illegittimo, anche se produce una lesione di un interesse legittimo, in ogni caso è contrario anzitutto all'interesse pubblico interno alla funzione; in tal modo esso si differenzia profondamente dall'atto amministrativo non conforme ad una norma di relazione, dall'atto amministrativo illecito, il quale, in quanto costituisce una modificazione della composizione degli interessi contrastanti voluta dall'ordinamento generale, lede sì l'interesse pubblico, ma l'interesse pubblico diverso e più elevato che a questo si deve riportare; e in quanto concreta uno sconfinamento dell'azione amministrativa nell'area di interesse privato protetto in modo assoluto, è necessariamente lesivo di quest'ultimo<sup>(55)</sup>. È al restauro (indiretto) di questa lesione, che il legislatore del 1865 ha limitato, e non poteva non limitare, la giurisdizione del giudice ordinario.

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.* — Secondo l'ordine di idee sopra accennato, la differenziazione tra le norme di relazione e le norme di azione assume già una propria consistenza. Ma, per quanto significativo possa essere il criterio di distinzione ora esaminato, esso rileva meno di per sé, e di più per la sua connessione con un altro profilo di contrapposizione tra le norme delle due categorie, al quale pare doversi dare la massima importanza,

(55) Cfr. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 8.

sulla base di tutto quello che siamo venuti fin qui dicendo: il diverso rapporto nel quale si pongono le une e le altre, nei confronti delle due situazioni giuridiche del privato e dell'Amministrazione che si fronteggiano, nel senso che le norme di relazione, e solo esse, segnano i limiti di esistenza di queste.

X Il legame accennato sembra doversi rilevare in questo modo: le norme di relazione, considerate dal punto di vista del privato, fissano i limiti entro i quali viene valutato come meritevole di tutela l'interesse di questi, e, entro tali limiti, l'interesse stesso viene protetto in modo assoluto; questo carattere di assolutezza della protezione accordata in tale ambito all'interesse individuale, esclude, evidentemente, che della posizione tutelata l'Amministrazione possa disporre: su di essa, quindi, non solo secondo il lessico comune, ma anche per quello tecnico-giuridico, l'Amministrazione non ha « potere ». D'altro canto, anche dal punto di vista dell'Amministrazione le norme di relazione fissano i limiti entro i quali viene protetto l'interesse pubblico inerente alla funzione che le è attribuita; ciò significa che entro tali limiti l'Amministrazione stessa deve, e quindi a fortiori può agire per il perseguimento di quell'interesse medesimo: fino a quei limiti, dunque, si deve estendere il potere del soggetto pubblico. Anche sulla base dell'analisi degli interessi protetti dalle norme di relazione e di quelle di azione, siamo arrivati così a dei risultati già acquisiti in precedenza: e cioè che il limite del diritto soggettivo del privato, il limite della giurisdizione del giudice ordinario, è tracciato nei confronti di una situazione giuridica dell'Amministrazione, di un potere di questa, che al diritto stesso è contrapposto; e che il limite reciproco di tali posizioni soggettive è un vero e proprio limite di esistenza di esse. Il punto è di tanta importanza, e così decisivo per lo svolgimento del ragionamento che si sta tentando di delineare, che non deve parer superflua l'insistenza con la quale si richiama su di esso l'attenzione: se il potere viene definito come la massima posizione soggettiva che fonda l'autonomia attribuita al soggetto stesso, se esso costituisce la

possibilità di porre in essere atti giuridici, ebbene, la proposizione sopra enunciata significa che oltre il suo limite di esistenza, e cioè entro l'area coperta dal diritto soggettivo del privato, l'Amministrazione non ha più la possibilità di compiere atti giuridici, non si presenta più come un soggetto dotato di autonomia<sup>(56)</sup>. Raccordando l'evoluzione della distinzione tra norme di relazione e norme d'azione, con lo sviluppo della nozione di potere prima richiamato, risulta confermato che le norme di relazione si identificano con quelle norme che limitano l'esistenza del potere dell'Amministrazione, nei confronti del diritto soggettivo del privato<sup>(57)</sup>.

Di regola, le norme di relazione hanno una portata negativa, nel senso che, dal punto di vista del privato, delimitano un'area di rispetto assoluto degli interessi di questo, e quindi disciplinano corrispondentemente il comportamento dell'Amministrazione, prescrivendo quel che non deve fare, vietando ogni suo intervento in un tale ambito, o, quanto meno, circoscrivendolo entro la sfera giuridica di pertinenza di essa. Un esempio tipico di questa ipotesi può essere tratto dalla disposizione che ammette l'espropriabilità dei soli beni, nei confronti dei quali sia intervenuta una dichiarazione di pubblica utilità: qui è posto un confine all'azione amministrativa, che si concreta, come si è anticipato, nella circoscrizione a tali beni dell'oggetto lecito dell'atto di esproprio. Un ragionamento analogo deve essere fatto, quando il medesimo concetto di limite di esistenza deve venire delineato a proposito di un potere dell'Amministrazione che, pur non essendo di esproprio, ha comunque per contenuto l'imposizione di un vincolo

(56) L'atto che l'Amministrazione emana in violazione di norme di relazione è quindi un atto in « carenza di potere »: alle inevitabili interferenze tra il tipo di norma che viene così violata, e il tipo di invalidità che conseguentemente colpisce l'atto, si accennerà *infra*, al paragrafo n. 14. Fin da ora, peraltro, sulla problematicità della nozione, v. GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 287.

(57) Per una precisazione dell'impostazione di GUICCIARDI, molto vicina a quanto qui sostenuto, v. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, etc., cit., specialmente pagg. 633 e ss., 639 e ss.

sulla proprietà privata: per esempio, il potere di vincolo sulle cose d'arte<sup>(58)</sup>. Ma moduli concettuali non troppo dissimili possono essere utilizzati per la costruzione di ipotesi nelle quali il potere dell'Amministrazione abbia per contenuto la concessione o l'autorizzazione al compimento di una determinata attività da parte del privato: se questi afferma che l'attività in parola rientra in pieno nella propria sfera giuridica, e può essere esplicata liberamente, evidentemente nega che essa possa costituire oggetto di concessione o di autorizzazione amministrativa. Il fenomeno, sicuramente, richiede un maggiore approfondimento, ed una descrizione più dettagliata: esso sarà analizzato in seguito con maggiore precisione<sup>(59)</sup>, in relazione alla più tipica delle ipotesi che si esaminano, quella dell'espropriazione, giacché le considerazioni che si svolgeranno allora, saranno *a fortiori* valide anche per gli altri casi.

Non si può escludere, peraltro, che talvolta la norma di relazione prescriva all'Amministrazione un comportamento attivo, e cioè che il diritto soggettivo del privato abbia per contenuto una sua prestazione positiva. Occorre circoscrivere l'ipotesi: sono noti, infatti, i casi nei quali una determinata prestazione materiale è imposta all'Amministrazione, in vista della tutela assoluta di un correlato interesse individuale, anche se essi sono assai meno frequenti di quelli, nei quali la prestazione stessa è prescritta, viceversa, da una norma di azione, per esigenze preminentemente funzionali; di tali casi, pure relativamente numerosi, non si può però tener conto: qui rileva solo l'attività dell'Amministrazione che abbia carattere giuridico. L'estrema rarità dell'ipotesi che si deve qui considerare, tuttavia, non esime, per esigenze di completezza del ragionamento, dal prospettare la

<sup>(58)</sup> Cfr. la ricostruzione che avemmo occasione di tentare in un altro scritto, del potere di imporre il vincolo artistico, nei suoi aspetti regolati da norme di relazione, e in quelli regolati da norme di azione, secondo un ordine di idee analogo a quello qui delineato: *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizioni*, cit. in *Foro amm.*, 1956, II, 1, col. 339 e ss., specialmente 348 e ss.

<sup>(59)</sup> Cfr. *infra*, al paragrafo n. 16.

sua costruzione teorica. Ebbene, se il privato ha un vero e proprio diritto soggettivo alla emanazione di un atto amministrativo avente un certo contenuto<sup>(60)</sup>, ciò significa che deve essere profilato corrispondentemente un limite di esistenza del potere di cui l'atto è emanazione: per descrivere la portata del divieto di negare quel che il privato chiede, allora, si dovrà dire non già che l'Amministrazione non può esercitare negativamente, il potere del quale è investita, ma che se essa nega, sconfinando oltre i limiti di esistenza del potere stesso: più incisivamente, si dovrà dire che essa non ha il potere di rifiutare.

Per contro, anche dall'angolo visuale che adesso si considera, balza evidente di quanto le norme di azione differiscano da quelle di relazione: partendo sempre dal modo di tutela degli interessi, si devono richiamare le considerazioni sopra accennate, relativamente al carattere indiretto della tutela di interessi di soggetti diversi da quelli del titolare della funzione, che può scaturire dalla normativa di azione. È questo un punto nel quale vi è un accordo totale, in dottrina, assai raro per la sua unanimità: non solo consente in ciò, ed è ovvio, chi intende tali interessi come rilevanti solo in linea di puro fatto, ma, per tale aspetto, teorie come quella del GUICCIARDI si incontrano con le più classiche delle definizioni dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale, come quella dello ZANOBINI, anche secondo la quale, lo si sa, l'interesse legittimo gode di una tutela che è il riflesso di una norma posta preminentemente in funzione di un

<sup>(60)</sup> Cfr. il « diritto all'atto » di cui parla il CAMMEO, in *Commentario*, cit., pag. 121, 122; cfr. anche, *ivi*, pag. 725, 726; v. pure le considerazioni, sostanzialmente in senso analogo a quello del testo, di CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 139, 140 e, sugli obblighi positivi dell'Amministrazione, quelle di GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pagg. 19 e ss.

Altri rilievi in SCOCA, *Il termine giudiziale*, etc., cit., pagg. 144, 148 e ss., naturalmente da un punto di vista che comporta una maggiore attenzione all'ipotesi nella quale il diritto al provvedimento scaturisca da un precedente atto amministrativo, o da una precedente attività di diritto privato dell'Amministrazione, rispetto a quella nella quale quel diritto derivi direttamente dalla legge.

interesse pubblico <sup>(61)</sup>. Da una premessa che, perciò, si può ritenere di tutto riposo, è possibile dedurre una conseguenza altrettanto piana: le norme di azione, anche quelle che accordano il massimo della protezione che esse possono dare a interesse di soggetti diversi dal titolare della funzione, anche quelle, cioè, che tutelano interessi legittimi intesi come situazioni soggettive sostanziali, incidono comunque in un'area che è già acquisita, evidentemente da norme di relazione, all'interesse pubblico, e all'azione che l'Amministrazione può svolgere per il suo perseguimento; gli interessi di altri soggetti che eventualmente esse considerino, sono interessi che si trovano già nella disponibilità dell'Amministrazione, e quindi nei limiti di esistenza del suo potere: con questi limiti, le norme di azione non hanno attinenza; secondo la proposta del GUICCIARDI, esse riguardano il potere piuttosto sotto il profilo del suo esercizio <sup>(62)</sup>.

Le norme di azione, è noto, costituiscono una disciplina « ulteriore » rispetto alle norme di relazione. Questo loro carattere, peraltro, può essere inteso in due sensi da tenere distinti, anche se l'uno consegue all'altro. Il primo, ha riguardo alla ragion d'essere della normativa di azione: il legislatore, è ovvio, non può limitarsi a disciplinare il comportamento dell'Amministrazione, solo fissando i limiti che essa non può oltrepassare, in vista del rispetto degli interessi di altri soggetti, che l'ordinamento ritenga meritevoli di tutela, e comunque in una prospettiva di rapporti intersoggettivi: è necessario anche che l'azione amministrativa venga regolata in sé e per sé, con una serie di prescrizioni tendenti ad assicurare ad essa una maggiore efficacia, imparzialità, equità e simili: a questi motivi tradizionalmente

<sup>(61)</sup> L'esistenza di una connessione con l'interesse pubblico dell'interesse privato tutelato come legittimo, oltre che essere affermato costantemente dalla dottrina, fu ben presente già nei lavori preparatori della legge istitutiva della quarta Sezione del Consiglio di Stato: v. le indicazioni in DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 52 e ss.

<sup>(62)</sup> Per una linea di ragionamento assai simile, v. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 68, 69 e ss., sia pure con sviluppi (pagg. 81 e ss.) diversi dalle argomentazioni del testo.

giustificativi di questo secondo ordine di norme, si deve aggiungere che, nello sfondo, acquistano la massima rilevanza i rapporti che intercorrono tra esecutivo e legislativo. Si osserverà tra poco che la normativa di azione è sempre eventuale: non è detto che il legislatore, dove aver disciplinato sul piano dei rapporti intersoggettivi il potere dell'Amministrazione, disciplini nuovamente in tutti i suoi aspetti quel potere medesimo, mediante norme di azione; ci si può chiedere, allora, in quali limiti l'esistenza di una normativa di azione costituisca fenomeno giuridico ineliminabile, nel quadro della regolamentazione del comportamento dell'Amministrazione. A differenza di quello che si noterà tra poche pagine, a proposito della normativa che si svolga su un piano di rapporti intersoggettivi, nessuna necessità logica impone che esista anche una normativa di azione; astrattamente parlando, perciò, è perfettamente ipotizzabile un ordinamento nel quale esistano solo norme di relazione, e non anche norme di azione. Ma questa possibilità logica urta contro una impossibilità storica: una simile situazione sarebbe immaginabile solo in un ordinamento nel quale l'organo legislativo, dopo avere regolato le situazioni giuridiche del soggetto pubblico, nei loro rapporti con quelle dei soggetti privati, si disinteressasse di ogni ulteriore disciplina circa il modo col quale l'esecutivo esercitasse quei poteri medesimi: di quanto un simile schema di Stato differirebbe dal modello dello Stato contemporaneo, è del tutto evidente; ed è parimenti del tutto evidente, che le ragioni che hanno presieduto alla strutturazione del rapporto tra legislativo ed esecutivo in quest'ultimo, sono di tale natura, da rendere impensabile che in materia si concretassero soluzioni diverse.

Ma c'è di più: la mancanza di una disciplina mediante norme di azione dell'esercizio dei poteri attribuiti all'Amministrazione, implicherebbe una rinuncia da parte del legislativo a indirizzare, limitare, in genere regolare l'azione amministrativa in aggiunta a quanto comporti la definizione delle norme di relazione, la quale, oltre che inverosimile, è ormai anche inconstitu-



zionale. Si deve qui richiamare la nota giurisprudenza della Corte Costituzionale sui limiti minimi entro i quali il Parlamento deve determinare i poteri che attribuisce all'esecutivo, specialmente nelle c.d. materie coperte da riserva di legge: chiaramente, la disciplina costituzionalmente richiesta in questo senso riguarda in primo luogo la normazione di relazione; ma altrettanto chiaramente, essa non può non investire, almeno a grandi linee, anche la normazione d'azione, come mostrerebbe una valutazione analitica delle ormai numerose sentenze rilevanti sotto il profilo che qui interessa.

Si ritornerà sul punto della teorica eventualità della normativa di azione: ora preme proseguire il discorso iniziato, osservando che, sulla base delle osservazioni che precedono, si delineano i motivi per i quali essa merita già in una prima accezione l'appellativo di « ulteriore »: una disciplina che tenda ad assicurare esclusivamente la migliore funzionalità dell'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, postula che siano già stati previamente risolti i problemi attinenti al temperamento dell'interesse pubblico inerente alla funzione, con quello eventualmente collidente di altri soggetti<sup>(63)</sup>; e, in genere, i problemi che riguardano i limiti esterni della funzione stessa.

Conseguentemente, ed è questo il secondo senso nel quale la normativa di azione può essere definita « ulteriore » rispetto a quella di relazione, la prima deve necessariamente collocarsi all'interno della seconda<sup>(64)</sup>, e le une e le altre formano un doppio ordine di prescrizioni, alle quali l'azione amministrativa si deve conformare. S'impone, evidentemente, un chiarimento dei rapporti che intercorrono tra le norme dei due ordini: ma ciò sarà possibile solo sulla base di una migliore definizione dei caratteri delle norme del tipo di quelle di relazione, il che significa anzi-

<sup>(63)</sup> Così, puntualmente, TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale*, etc., cit., pag. 56.

<sup>(64)</sup> Cfr., puntualmente, SANDULLI, *Per una delimitazione*, etc., cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, pag. 36.

tutto un ampliamento della prospettiva entro la quale la definizione stessa è delineata.

Alla individuazione della categoria delle norme che pongono i limiti di esistenza del potere dell'Amministrazione, infatti, si è pervenuti considerando il problema da un angolo visuale estremamente specifico: ossia attraverso l'esame del rapporto di quella situazione soggettiva, con quella correlata del privato, e la conseguente profilazione di una netta linea di confine tra di esse. Di questa impostazione iniziale del problema, del ruolo di composizione intersoggettiva di interessi collidenti del quale si è tenuto esclusivamente conto, reca una traccia evidente la terminologia già da tempo proposta, ormai generalmente diffusa, e anche qui accolta: l'appellativo di norme di relazione attribuito alle norme in esame.

Ma una volta che, per tale via, si è giunti alla individuazione della categoria delle norme che limitano l'esistenza del potere dell'Amministrazione, non è più possibile mantenere la ristretta prospettiva originaria: troppo evidente risulta, infatti, che solo alcuni dei limiti di esistenza di tale potere possono essere delineati, in relazione alla contrapposta esistenza di diritti soggettivi dei privati.

Il punto di partenza, ancora una volta, è la nozione di potere come situazione giuridica la cui titolarità permette l'esplicazione dell'azione giuridica. Se questo è vero, e lo è per definizione, tutti gli elementi essenziali dell'atto, le sue condizioni di esistenza giuridica, devono correlarsi a elementi essenziali, a condizioni di esistenza giuridica del potere. Questo nesso risulta ancora più evidente, se si nota che, anche sul piano puramente logico, non si può precisare nella sua individualità un potere, come possibilità di porre in essere un atto, senza precisare anche, nei suoi elementi essenziali, l'atto medesimo; gli elementi essenziali dell'atto, in definitiva, si riflettono in quelli che devono essere considerati gli elementi essenziali del potere, e viceversa<sup>(65)</sup>.

<sup>(65)</sup> Cfr. CASSETTA, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 639 e ss., e, in una diversa pro-

Il concetto di elemento essenziale è qui di importanza decisiva: si deve dire, allora, che devono essere considerati tali, tutti quegli elementi del potere, il cui mutamento comporta un mutamento della stessa individualità di esso. Sotto questo profilo, la contrapposizione delle norme di azione a quelle di esistenza, significa che le prime costituiscono una specificazione della disciplina dettata dalle seconde, che non afferisce agli elementi essenziali del potere, non incide sulla sua individualità. Una prima indicazione degli elementi essenziali del potere può essere tratta da considerazioni logiche, perché esigenze logiche, secondo moduli concettuali e punti di vista adottati in precedenza, richiedono che certi elementi del potere vengano considerati nella precisazione della sua individualità: soggetto, oggetto, etc. <sup>(66)</sup>; ma tutto questo costituisce solo il substrato della profilazione legislativa del potere: il legislatore può considerare essenziali anche elementi ulteriori, rispetto a quelli la cui definizione è imposta dalle esigenze logiche suddette; in ogni caso, e soprattutto, gli elementi del primo e del secondo gruppo sono da considerarsi essenziali, solo con quel grado di specificazione al quale il legislatore ha ritenuto di dover arrivare, nella determinazione dei contorni del potere: successivamente si cercherà di chiarire con esempi questo punto. Qui preme porre ancora una volta l'accento sulle conseguenze che da queste considerazioni discendono, in ordine al problema in esame: l'affermazione che i diritti soggettivi del privato costituiscono un limite di esistenza del potere dell'Amministrazione, significa che questo limite è stato valutato dal legislatore come immediatamente pertinente agli stessi contorni fondamentali della posizione dell'Amministrazione.

Sono state proposte classificazioni di quei limiti di esercizio del potere, che scaturiscono da norme di azione; è possibile, e anzi necessario, sviluppare una teoria dei limiti di esistenza del

spettiva, SANDULLI, *Per una delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, pagg. 29 e ss.

<sup>(66)</sup> Cfr. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pagg. 133 e ss.

potere, eventualmente secondo i medesimi moduli concettuali; si tratta di utilizzare sequenze logiche che, in buona parte, sono largamente influenzate dalle comuni classificazioni degli elementi dell'atto amministrativo, e che, attraverso queste, raccolgono l'eredità degli schemi della pandettistica, relativi agli elementi del negozio privato. Si deve arrivare, cioè, ad individuare i limiti di esistenza del potere soggettivi, oggettivi, formali, contentutistici, derivanti da presupposti, se si vuole anche procedurali, e così via <sup>(67)</sup>.

In questo quadro, devono trovare la loro collocazione quei limiti di esistenza del potere dell'Amministrazione, nei quali si riflettono direttamente i limiti di esistenza dei diritti soggettivi del privato. Anzitutto, nella nuova prospettiva si può comprendere meglio quella possibilità sopra delineata, che le norme di relazione abbiano un contenuto positivo; se l'ipotesi nella quale una norma che limita l'esistenza del potere in tale modo è relativamente eccezionale nella categoria delle norme che pongono limiti di esistenza del potere correlativi a diritti soggettivi del privato, essa diventa più frequente se si passa a considerare l'intero panorama delle norme che pongono limiti di esistenza del potere: si pensi, ad esempio, a quelle norme di esistenza che devono essere correlate ai requisiti essenziali di forma dell'atto: è normale la loro formulazione in ordine a quelli che devono essere i requisiti formali minimi dell'atto stesso.

Ad ogni modo, i limiti di esistenza del potere dell'Amministrazione, che discendono dall'esistenza di correlati diritti soggettivi dei privati, costituiscono un settore relativamente ristretto nel quadro generale dei limiti di esistenza del potere stesso:

<sup>(67)</sup> Cfr. SANDULLI, *opp. loc. cit.* Secondo la linea di ragionamento che si viene proponendo, anche i vizi di forma dell'atto, di quella richiesta *ad substantiam*, in quanto violazione dell'individuata norma di esistenza del potere attinente all'elemento formale, si traducono in casi di atto emanato in carenza di potere; *contra*, v. SANDULLI, *Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo*, *Foro amm.*, 1964, II, 204; v. anche, *ivi*, pag. 202, nota 1, l'indicazione dei vari scritti ai quali si rimanda per il panorama delle opinioni espresse dall'autore sulla problematica di cui nel testo.

secondo uno spunto che si era accennato in precedenza, tali limiti attengono a quei caratteri del potere, che sono correlati al contenuto o all'oggetto dell'atto, e rendono questo vietato, o eventualmente dovuto, in tutto o, come è assai più frequente, solo in parte, e, per di più, solo in dipendenza di certi presupposti. Non solo il profilo di rilevanza dei limiti di esistenza dei diritti soggettivi dei privati deve essere così precisato, nel quadro dei limiti di esistenza del potere dell'Amministrazione; ma, è appena il caso di dirlo, la tutela di tali diritti non esaurisce affatto il complesso dei limiti di esistenza del potere dell'Amministrazione, neppure in relazione agli elementi indicati dell'atto amministrativo, che di esso è esercizio: a tacer d'altro, le esigenze in vista delle quali l'art. 1346 del codice civile delinea i requisiti che deve presentare l'oggetto del contratto, in qualche modo non possono non riflettersi in una corrispondente disciplina dell'oggetto dell'atto amministrativo.

Questo ampliamento di prospettiva, appena viene intravisto, in tutta evidenza si impone da sé: una volta che il problema è stato posto, infatti, non si vede su quali basi si possa negare che la tutela diretta dei diritti dei privati non può costituire l'unico profilo sotto il quale l'ordinamento limita l'esistenza dei poteri dell'Amministrazione; non si vede su quali basi si possa negare che l'esistenza di tali diritti non può determinare che solo in minima parte il perimetro della profilazione legislativa di quei poteri; il parallelo con gli analoghi fenomeni, generalmente noti, del potere negoziale privato è del tutto ovvio.

La diversa impostazione che affiora comporta inevitabilmente una correzione delle classificazioni e della terminologia fin qui adottate: si comincia a delineare, cioè, una categoria di norme che limitano l'esistenza del potere (d'ora in avanti, ellitticamente: norme di esistenza del potere), la quale è senza paragone assai più ampia di quella delle norme di relazione in precedenza considerate; è chiaro, d'altronde, che se tutte le norme di esi-

stenza hanno una immediata rilevanza intersoggettiva, nel loro ambito è pur sempre definibile una categoria più ristretta, comprendente quelle che specificamente attuano una composizione di un conflitto intersoggettivo di interessi. Questa nuova sistemazione concettuale comporta poi anche un problema terminologico: ci si deve domandare, cioè, se è opportuno stemperare il significato che così espressivamente rende l'appellativo di norme di relazione, non solo per le ragioni concettuali che hanno portato alla sua formulazione, ma anche per il suo senso letterale, riferendolo all'intera categoria delle norme di esistenza: la risposta che pare di dover dare, è nel senso di ritenere preferibile di riservare la qualifica di norme di relazione in senso proprio, a quel più ristretto gruppo di norme sopra individuato, la cui natura e funzione appaiono più corrispondenti all'appellativo stesso. In una conforme descrizione della costruzione che si propone, si deve allora dire che cade l'equivalenza fin qui ritenuta, tra norme di relazione e norme di esistenza; e che, comunque, la categoria che deve essere correlata a quella delle norme di azione, è quella che abbraccia l'intero complesso delle seconde, e che non essendo limitata alle prime, deve necessariamente ricomprenderle come *species* in un *genus*.

Il problema non rileva solo sul piano concettuale e su quello terminologico: sono evidenti le sue implicazioni nella delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario, e le difficoltà che conseguono dalla sua applicazione a questo tema non appaiono lievi: se la linea di delimitazione continua ad essere tracciata sulla base della contrapposizione delle norme di azione a quelle di relazione, residua l'area, di assai malcerta collocazione, delle violazioni delle norme di esistenza diverse da quelle di relazione; se, al contrario, la delimitazione stessa viene ora profilata contrapponendo alle norme di azione l'intera categoria delle norme di esistenza, si deve spiegare il fondamento di questo ampliamento di quella giurisdizione del giudice ordinario, che il legislatore ha formulato in relazione ai diritti soggettivi dei privati, e

quindi con un collegamento che può essere visto come immediato solo con le norme di relazione in senso proprio. Occorre sciogliere l'alternativa ora delineata, oppure prospettare una diversa impostazione; ma, per raggiungere sicuramente uno di questi risultati, pare necessario acquisire al ragionamento altri elementi, ottenibili anzitutto sviluppando ulteriormente la contrapposizione dell'intera categoria delle norme di esistenza a quella delle norme di azione.

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.* — In base alle considerazioni che precedono, si intravedono ulteriori, più importanti completamenti che si devono apportare alle tradizionali opinioni sulle norme di esistenza; in particolare, si intravede la preminente rilevanza, e anzi l'essenzialità di esse. Pare, infatti, che l'individuabilità, nell'ambito delle norme che vincolano il comportamento dell'Amministrazione, di una categoria di norme di esistenza dei suoi poteri, costituisca corollario assolutamente inevitabile della constatazione che quei poteri medesimi sono le posizioni nelle quali si manifesta il soggetto pubblico nell'ordinamento. Qui il discorso riguarda specificamente i poteri dell'Amministrazione, ma, in realtà, il riferimento potrebbe essere generalizzato anche nei confronti di tutte le altre situazioni giuridiche di quel soggetto, e di tutti gli altri soggetti, compresi i privati che al soggetto pubblico si sogliono contrapporre. Si ricorderà, allora, che la personalità giuridica si risolve, in definitiva, nelle situazioni giuridiche che al soggetto sono attribuite, almeno potenzialmente; ma non si può attribuire senza definire; quindi non si può attribuire senza limitare: nel momento stesso nel quale l'ordinamento investe un soggetto di una situazione, esso fissa i confini di questa; se si riuscisse a superare la difficoltà logica evidente, se si ammettesse che ciò potesse non accadere, si dovrebbe dire che l'ordina-

mento potrebbe attribuire una situazione giuridica indefinita; ma qui, paradossalmente, l'infinito finirebbe con l'equivalere allo zero: attribuzione di una situazione giuridica illimitata, significa, in realtà, attribuzione di nessuna situazione giuridica. Non sembra pensabile un ordinamento, nel quale non siano rintracciabili norme di esistenza delle situazioni dei soggetti di esso, nel senso che si cerca di chiarire: e di ciò si deve tenere il massimo conto, nell'analisi dei caratteri del sistema vigente di giustizia amministrativa, rispetto a quelli che è stato affermato che sarebbero stati possibili, ma che in concreto non si sono realizzati <sup>(68)</sup>.

Comunque, sembra certo che le norme che limitano l'esistenza del potere dell'Amministrazione, disciplinino in modo primario il comportamento di questa, delineando una specie di cerchia esterna di tale posizione giuridica; cerchia, però, ormai risulta chiaro, che è completa, e che anzi è più completa di quella costituita dalle norme di azione: le norme del primo tipo, infatti, devono definire il potere in tutti i suoi elementi essenziali: ciò è imposto dalle necessità logiche che si sono da ultimo, e non solo da ultimo poste in risalto; le seconde, al contrario, oltre che costituire una disciplina ulteriore, sono anche eventuali: può darsi che il legislatore nulla detti in forma di normativa di azione, nei confronti di un qualche determinato potere, in ordine ad uno o più elementi di esistenza di questo; ciò è perfettamente possibile: si è già accennato che la circostanza che l'esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione venga ulteriormente disciplinato mediante norme di azione, obbedisce a esigenze pratiche, politiche *lato sensu* e non solo *lato sensu*; e sono tali esigenze, le quali non solo determinano il contenuto della normativa di azione, ma condizionano l'emanazione stessa, su date materie, o per certi loro profili, della normativa di quel tipo. Comunque, quando, in ordine ad uno specifico potere, in ordine ad un aspetto specifico di questo, la normativa di azione manca, ciò significa che la discrezionalità amministrativa in tal caso si estenderà fino ad

(68) Cfr., *infra*, il paragrafo n. 17.

avere per limite il limite stesso di esistenza del potere, a meno che quest'ultimo non sia già stato formulato in modo così vincolante, da escludere di per sé, al contrario, ogni margine di discrezionalità.

Se non ad ogni norma di esistenza del potere deve necessariamente corrispondere una norma di azione, ogni norma di azione, viceversa, deve trovare corrispondenza in una norma di esistenza, nel senso che la prima disciplina, sotto il profilo dell'esercizio del potere, un elemento di questo già regolato dalla seconda sotto il profilo della sua esistenza. La normativa di azione, peraltro, quantitativamente è assai più numerosa di quella di esistenza: ciò dipende dal fatto che assai più di quel che può perdere in completezza, essa lo acquista per il dettaglio; la normativa di esistenza, infatti, di regola si limita a considerare i soli elementi essenziali del potere, e anche questi vengono disciplinati secondo definizioni assai comprensive; la normativa di azione, per contro, è tendenzialmente assai più precisa, e può arrivare ad essere estremamente minuziosa. Da queste osservazioni, da altri spunti accennati in precedenza, e soprattutto dalle considerazioni relative alla natura degli interessi tutelati dalle norme di azione, e ai caratteri con i quali viene attuata la loro protezione, discende uno degli aspetti più salienti di tali norme, al quale deve essere dato il massimo risalto: il comportamento che esse prevedono, imponendolo all'Amministrazione, è compreso in una gamma più o meno vasta di alternative, che le norme di esistenza avevano già acquisito come possibilità di azione, alla sfera giuridica dell'Amministrazione. Se si volesse seguire la tendenza di qualche autore <sup>(69)</sup>, a rendere anche graficamente la disciplina dei rapporti tra Amministrazione e privati, con la contrapposizione delle due sfere giuridiche, con le incidenze delle norme di ambedue le categorie, si dovrebbe rappresentare la normativa di azione come

<sup>(69)</sup> Cfr., per esempio, VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., pag. 252; PICCARDI, *La distinzione del diritto dall'interesse, nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, vol. II, pag. 200, 207.

una linea interna, arretrata, non necessariamente continua, ma più dettagliata, e quindi più frastagliata, rispetto alla linea più avanzata che raffigura a larghi tratti la normativa di esistenza.

Questi rilievi presentano anche una possibilità di immediata utilizzazione, quando dal piano della costruzione teorica si passa all'applicazione pratica dei concetti; quando si tratta di stabilire in concreto, cioè, se una data norma è di azione o di esistenza. Risulta chiaro, infatti, che la qualificazione di una data norma come di azione, presuppone l'individuazione di un'altra norma più avanzata, più esterna, meno dettagliata, nei confronti della quale la prima si ponga come una specificazione, e che costituisca il limite di esistenza del potere; può allora essere una utile controprova della validità di quella qualificazione, l'identificazione della norma che delinea questo limite di esistenza.

Il contenuto, rispettivamente, delle norme di azione e delle norme di esistenza, può essere determinato solo in ordine all'accennato rapporto che deve intercorrere tra le une e le altre; si può aggiungere che, per definizione, tutti gli elementi essenziali del potere devono essere prescritti con norme di esistenza: nella definizione di elemento essenziale, come si è visto, giuoca qui il massimo ruolo la determinazione del legislatore, non solo nel senso che possono essere ritenuti tali anche elementi del potere ulteriori rispetto a quelli che sarebbero indispensabili logicamente ai fini della sua identificazione, ma anche questi ultimi sono da ritenersi essenziali solo nei limiti della loro specificazione legislativa. Viceversa, parimenti per definizione, tutti gli elementi prescritti con norme di esistenza, e sempre nei limiti della loro specificazione, devono considerarsi essenziali al potere. Quali siano in concreto, però, questi elementi, lo si può dire solo *a posteriori*, sulla base dell'analisi del singolo potere considerato, e della sua disciplina <sup>(70)</sup>.

<sup>(70)</sup> Cfr. ancora, sia pure in una diversa prospettiva, SANDULLI, *Per una delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, specialmente pagg. 29 e ss., 36 e ss., il quale, peraltro, tende maggiormente a individuare la

Per esemplificare in che senso gli elementi essenziali del potere devono essere delineati con norme di esistenza, e come possa rilevare la valutazione legislativa della loro essenzialità, in relazione al loro grado di specificazione, si può notare che uno degli elementi indispensabili per l'identificazione del potere, è la sua pertinenza soggettiva. Nel campo del diritto amministrativo, però, normalmente gli enti presentano una complessità organica che, come si sa, è estrema nella persona giuridica Stato; in questi casi, la disciplina legislativa del potere non può limitarsi a indicare l'ente al quale è attribuita la titolarità di questo, ma deve specificare anche quale degli organi dell'ente stesso è competente al suo esercizio. Tutto sembrerebbe concorrere a far ritenere che la precisazione della titolarità del potere debba avvenire mediante una norma di esistenza, mentre la determinazione dell'organo competente al suo esercizio debba essere oggetto di una norma di azione <sup>(71)</sup>: già nelle proposizioni enunciate, infatti, affiora la contrapposizione tra il profilo dell'esercizio del potere, per definizione ricollegato alla normativa di azione, e quello della sua titolarità, che parrebbe attenere piuttosto alla sua esistenza, e quindi alla normativa di esistenza; ancora: da un punto di vista puramente obbiettivo, ben diversa pare l'importanza, e di qui l'essenzialità, se così si può dire, della indicazione della titolarità del potere, rispetto a quella della legittimazione al suo esercizio; infine: questo diverso grado di importanza può essere apprezzato nel modo più marcato, considerando che l'attribuzione ad un dato soggetto di un determinato potere, è fatto che presenta una sua

natura della norma che regola il potere, in relazione al tipo di elemento di questo che essa considera.

<sup>(71)</sup> Cfr. SANDULLI, soprattutto *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, pagg. 108 e ss., e successivamente, *Precisazioni in tema di mancanza di potere, etc.*, cit., in *Foro amm.*, 1964, II, pagg. 205, 206.

In giurisprudenza, oltre alle decisioni che si citano nelle pagine che seguono, per affermazioni nel senso della configurabilità della nozione di incompetenza assoluta, v., tra le altre, Sez. VI, 4 dicembre 1963, n. 955, *Foro it.*, Rep., 1963, voce *Atto amministrativo*, n. 126; Sez. VI, 25 febbraio 1969 n. 66, *Foro amm.*, 1969, I, 2, 147.

immediata rilevanza sul piano dei rapporti intersoggettivi, mentre l'attribuzione della competenza al suo esercizio, nell'ambito della struttura organica di quel medesimo soggetto, pare rilevare solo in una prospettiva interna: interna a tale struttura organica, interna alla funzione della quale l'ente è investito. Esemplicativamente: è importante per il privato, come per qualsiasi altro soggetto, l'attribuzione al soggetto "Stato" del potere di esproprio; in linea di massima non lo è, o lo è molto meno, l'attribuzione della competenza al suo esercizio al prefetto invece che, poniamo, al ministro; d'altro canto, l'attribuzione al soggetto Stato del potere di esproprio, attiene alla composizione intersoggettiva di interessi, e costituisce un limite esterno di funzione, mentre l'attribuzione della competenza al suo esercizio risponde solo ad esigenze funzionali interne.

Si deve ammettere, però, che l'enumerazione di tutte queste varie ragioni non costituisce un argomento conclusivo, ma può risolversi solo in un'indicazione di larga massima, sul come delineare la ripartizione dei compiti tra la normativa di esistenza e quella di azione. Si deve tener conto, infatti, di un fenomeno ben noto e assai diffuso in diritto amministrativo: il fenomeno, cioè, per il quale l'attribuzione specifica di un potere ad un singolo soggetto, sia pure entro l'ambito di una cerchia determinata di enti, non costituisce suo elemento essenziale; indice di questa non essenzialità, e dei suoi limiti, ossia dei limiti della cerchia dei soggetti entro la quale essa si manifesta, deve considerarsi la semplice annullabilità che colpisce l'atto amministrativo emesso in violazione della prescrizione in esame: prescrizione che, perciò, pur attenendo alla titolarità del potere deve essere ritenuta di secondaria importanza; è ben noto quanto ampiamente si abbia semplice incompetenza relativa, non solo quando l'atto è stato emanato da un organo diverso da quello che sarebbe stato competente, ma pur sempre appartenente ad un medesimo ente, il che sarebbe normale alla stregua dei criteri di massima sopra enunciati, ma anche quando l'organo agente è incardinato addirittura

nella struttura di un ente diverso <sup>(72)</sup>; conclusivamente: la prescrizione dell'attribuzione della titolarità del potere non può essere ritenuta essenziale, nei limiti nei quali la sua violazione dà luogo a quel vizio di incompetenza specificamente previsto dall'art. 26 del testo unico sul Consiglio di Stato, per fondare la giurisdizione di questo giudice. Il fenomeno descritto deve essere considerato unitariamente con un altro fenomeno, per certi aspetti del tutto opposto: la essenzialità della indicazione della competenza all'esercizio di un potere, sempre nei confronti di una cerchia di organi, normalmente senza paragone assai più ampia di quella sopra accennata; indice di questa essenzialità, e dei suoi limiti, ossia dei limiti oltre i quali l'indicazione della competenza all'esercizio diventa essenziale, deve considerarsi la piena nullità dell'atto amministrativo emesso in violazione della prescrizione in esame: prescrizione che, perciò, pur attenendo all'esercizio del potere, deve ciò non di meno essere ritenuta di primaria importanza; è ben noto che la dottrina ha identificato ipotesi di incompetenza assoluta non solo quando l'organo che ha emanato l'atto appartiene

<sup>(72)</sup> La giurisprudenza si è orientata in questo senso anche per quel che riguarda il delicatissimo problema della ripartizione di competenza tra Stato e regioni: v., tra le altre, Sez. IV, 15 gennaio 1964, n. 1, *Foro it.*, Rep., 1964, voce *Competenza civ.*, n. 78; Sez. IV, 16 novembre 1971, n. 1005, *id.*, 1972, III, 5, con nota di richiami (cfr., però, Sez. IV, 25 luglio 1970, n. 585, *Foro amm.*, 1970, I, 2, 796, che nega che sia affetto da incompetenza assoluta un provvedimento ministeriale a tutela di cose di interesse storico o artistico, in Sicilia, giacché la competenza in materia spetta al presidente della regione come organo decentrato dello Stato, in assenza delle norme di trasferimento della funzione: altrimenti, incompetenza assoluta ci sarebbe stata).

Su tali conseguenze della violazione del riparto di competenze tra Stato e regione il Consiglio di Stato si è potuto pronunciare, in quanto si è riconosciuto competente a sindacare atti amministrativi sotto il profilo di vizi di incompetenza che avrebbero potuto essere dedotti davanti alla Corte Costituzionale da parte dei soggetti legittimati a sollevare il relativo conflitto di attribuzione: v. la decisione n. 1005 del 1971, ora citata, e, in precedenza, Sez. IV, 24 ottobre 1962, n. 524, *Foro it.*, 1963, III, 9, con nota di richiami. Sul delicato e controverso problema dei rapporti tra questi conflitti e le esigenze di tutela degli interessi individuali, v. per tutti, in dottrina, SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pagg. 765 e ss., con ampie citazioni bibliografiche alle quali si rinvia; successivamente, v. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano 1972, vol. II, pagg. 131 e ss., parimenti con ampia bibliografia.

ad ente diverso da quello titolare del potere, il che sarebbe conforme alle indicazioni di massima sopra accennate, ma anche quando organo agente e organo competente appartengono ambedue al medesimo ente titolare del potere <sup>(73)</sup>: si possono ricordare qui gli esempi scolastici, assai diffusi e anche un tantino umoristici, del decreto di esproprio emanato da un provveditore agli studi, o di una laurea rilasciata da un intendente di finanza <sup>(74)</sup>.

<sup>(74)</sup> In giurisprudenza, tra le altre, hanno deciso casi che probabilmente sono da riacostare ad una simile ipotesi, Cass., 2 luglio 1965, n. 1375, *Foro amm.*, 1965, I, 1, 469, che, nei confronti di una requisizione disposta dal podestà, ha affermato che si debba negare in radice il potere (con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario), giacché esso spetta solo alle amministrazioni centrali dello Stato, e, in caso di necessità, ai prefetti; Cons. giust. amm. reg. sic., 2 ottobre 1968, n. 385, *Foro amm.*, 1968, I, 2, 1415, che ha ravvisato la assoluta carenza di competenza (dichiarando quindi inammissibile il ricorso), in una graduatoria di un concorso per sanitari comunali approvata dal consiglio comunale invece che dal medico provinciale. Cfr. anche Cass., 4 luglio 1958, n. 2402, *Foro it.*, Rep., 1958, voce *Impiegato dello Stato*, n. 561, che parla di atto di licenziamento nullo perché emesso da ente privo di potere.

Parimenti, è forse qui che si deve richiamare il caso della violazione del limite territoriale delle proprie attribuzioni da parte degli enti pubblici territoriali (sul quale v. per tutti, in dottrina, PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pagg. 676 e ss., con indicazioni bibliografiche alle quali si rinvia). Le ragioni del dubbio adombrate derivano dalla possibile insufficienza della sola ripartizione di competenza tra enti aventi una propria soggettività giuridica a spiegare l'effetto radicale che ne consegue: pare rilevare anche l'incompetenza territoriale in quanto tale; è certo, comunque, che la combinazione di questi due elementi pare dar luogo con minori dubbi a forme di invalidità più gravi della semplice annullabilità: possibile che, trascorsi i fatidici sessanta giorni, l'interessato debba subire senza possibilità di reazione un'ordinanza di demolizione, una diffida a demolire pronunciata dal sindaco di un comune diverso da quello sul cui territorio si trovi la costruzione? E che a questa conclusione concorra anche l'incompetenza territoriale in quanto tale pare confermato da un'altra considerazione: non si saprebbe in quale misura il problema si ponga in termini diversi, per esempio nei confronti del potere profettizio di imporre la misura di salvaguardia della sospensione dei lavori.

<sup>(74)</sup> In argomento, cfr. da ultimo GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 81 e ss.

In giurisprudenza, v. Cass., 20 aprile 1960, n. 899, *Foro amm.*, 1960, II, 232, che ha dichiarato nulla per incompetenza assoluta la cessione di beni dell'ex G.I.L. da parte dell'alto commissario per le senzioni contro il fascismo, giacché questo organo aveva solo un potere di inviare proposte sulla destinazione di quei beni alla presidenza del consiglio dei ministri, unico organo con poteri deliberativi di concerto con i ministri competenti; Cass., 12 aprile 1965, n. 658, *Foro amm.*, 1965, I, 1, 248, che afferma che la commissione centrale per gli esercenti delle professioni sanitarie ha bene disapplicato, perché effetto da incompetenza assoluta, il provvedimento col quale un prefetto ha autorizzato l'iscrizione nell'elenco degli odontoiatri abilitati ad

Come si sa, la distinzione tra incompetenza assoluta e incompetenza relativa, quando non coincide con la contrapposizione tra violazione delle indicazioni dell'ente titolare del potere, e violazione della indicazione dell'organo competente all'esercizio, è talvolta delineata in relazione ad un concetto di funzione, ai suoi limiti, alla sua titolarità, che può abbracciare organi di più enti, come escludere organi di un medesimo ente<sup>(75)</sup>. Comunque sia, la costruzione teorica di ambedue i fenomeni descritti, deve essere tentata unitariamente, e dal punto di vista pertinente alla linea di ragionamento qui seguita. Con tutta la cautela che la delicatezza della materia, e la divergenza della tesi dall'opinione dottrinale sostanzialmente pacifica impongono, si deve profilare la possibilità che l'indicazione della competenza dell'esercizio del potere, se è essenziale, e nei limiti nei quali lo è, è contenuta in una norma che deve essere considerata come di esistenza; d'altra parte si deve pur ammettere che il legislatore possa valutare l'esclusione della competenza all'esercizio di un potere attribuito ad un determinato ente, di una serie di organi di questo, fatto di tanta rilevanza, da farlo riflettere sulla determinazione dei contorni di esistenza del potere stesso, dei contorni di esistenza, cioè, di quella possibilità di agire giuridico, di quello sviluppo della capacità giuridica del soggetto nel quale esso si risolve. Per contro, l'indicazione della titolarità del potere, se non è essenziale, e nei limiti nei quali non lo è, è contenuta in una norma che non può essere considerata di esistenza; d'altra parte, si deve pur ammettere che il legislatore possa valutare la precisazione

esercitare la professione; v. anche Cass., 13 marzo 1972, n. 723, *Foro it.*, 1972, I, 3250, con nota di richiami, che ammette la configurabilità della nozione, negando peraltro che essa sia applicabile alla fattispecie di una dichiarazione di pubblica utilità di opere di interesse militare emessa dal ministro per l'aeronautica. Cfr. anche, ma con concetti più imprecisi, Cons. giust. amm. reg. sic., 29 novembre 1966, n. 561, *Foro it.*, III, 126, con nota di richiami, e 10 luglio 1970, n. 446, *Foro amm.*, 1970, I, 2, 856.

<sup>(75)</sup> Sulla problematica relativa al concetto di competenza nelle sue relazioni con i concetti di funzione, di capacità, etc., cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 312 e ss., con ampie indicazioni bibliografiche.

della pertinenza soggettiva del potere, oltre un certo grado di specificazione, e cioè al di là della determinazione di una data cerchia di enti, fatto di importanza così secondaria, da non attenere ai limiti di esistenza del potere; ciò significa che, sul piano dell'esistenza, il potere è attribuito congiuntamente a tutti gli enti che fanno parte della cerchia suddetta, e che la ripartizione della competenza all'esercizio tra di essi, è compiuta, su un piano e per ragioni diverse, da una norma di azione<sup>(76)</sup>.

Negli ultimi rilievi che precedono, il discorso sui caratteri delle norme di esistenza del potere e di quelle di esercizio, e sulla loro contrapposizione, si è venuto a intersecare con il problema della invalidità dell'atto amministrativo. In particolare, è sembrato acquistare consistenza un nesso tra il tipo di norma violata, e il tipo della conseguente invalidità dell'atto; questa implicazione è parsa aprire un'ulteriore prospettiva: essa sembrerebbe giustificare una profilazione della tanto discussa figura della nullità dell'atto amministrativo, come riflesso della violazione delle norme d'esistenza del potere; è appena il caso di notare che, se questa suggestione potesse essere accolta, si dovrebbe arrivare sul tema a risultati non solo opposti a quell'orientamento dottrinale, radical-

<sup>(76)</sup> Tutto il ragionamento deve essere valutato sullo sfondo del problema del grado e dell'intensità della rilevanza esterna della ripartizione di competenza tra i vari organi amministrativi: cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 38 e ss.

È ovvio, d'altra parte, che tale ragionamento può valere solo nell'ambito di una ben precisa prospettiva: quella della relazione tra pubblica Amministrazione (nei limiti nei quali possa essere unitariamente considerato un simile complesso soggettivo) e il soggetto, solitamente privato, ad essa contrapposto nel singolo rapporto; a risultati opposti, viceversa, possono portare valutazioni condotte da diversi angoli visuali: e proprio il problema della ripartizione di competenza tra Stato e regioni, sopra ricordato, pare costituire la più efficace esemplificazione della relatività delle differenti prospettive; se questa ripartizione di competenze, dal punto di vista del privato, almeno in certi casi, può avere solo una rilevanza secondaria, tale valutazione deve radicalmente mutare quando muti il quadro considerato, quando si consideri il rapporto che per quella medesima ripartizione di competenze si viene a creare, appunto tra Stato e regioni: è evidente che qui essa acquista una rilevanza primaria, con conseguenze che si possono riflettere sulla configurazione delle situazioni giuridiche in giuoco, e quindi sui mezzi di tutela di queste, che eventualmente si venissero ad aggiungere a quelli di carattere costituzionale.



mente negatore della figura in questione, ma anche divergenti dalla generale tendenza restrittiva della figura stessa <sup>(77)</sup>.

Il ragionamento che si è condotto ha dovuto necessariamente toccare il problema della invalidità dell'atto, perché la stessa terminologia usata sembra suggerire imperativamente l'esistenza di un nesso essenziale tra quest'ultimo, e quello fin qui considerato: è ovvio, la qualificazione come « di esistenza », sia pure riferita direttamente solo a determinate norme che disciplinano i poteri dell'Amministrazione, inevitabilmente spinge ad uno scambio concettuale, inevitabilmente tende a riferirsi anche agli atti che di quei poteri costituiscono l'estrinsecazione. Ben si comprende, perciò, come, nella dottrina più recente <sup>(78)</sup> si rivengano

<sup>(77)</sup> A favore di questo orientamento, cfr. per tutti GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè 1959, pag. 173, 183, 191 e ss.

<sup>(78)</sup> Tra gli autori che sembrano favorevoli a collegare la nullità dell'atto amministrativo, alla violazione da parte dell'Amministrazione dei limiti di esistenza del potere, o quanto meno si dimostrano consapevoli del problema, e della possibilità di una sua soluzione positiva, cfr.: ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 366 (questo autore accenna all'inesistenza del provvedimento in casi i quali parrebbero perfettamente comprensibili nella nozione di atto emanato oltre i limiti di esistenza del potere); BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 1959, pag. 109, 110; GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., pag. 191 e ss.; PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., vol. II, pag. 567; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 590 e ss.; cfr. anche le considerazioni di MONTESANO, *Processo civile*, cit., pag. 50 e ss. Il problema, poi, era tutt'altro che ignoto alla dottrina meno recente: cfr. VACCHELLI, *Difesa giurisdizionale*, cit., pag. 445 e ss.

In materia, sono comunque fondamentali le analisi di SANDULLI: di questo autore, cfr., sul tema, da ultimo: *Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, pag. 200 e ss.: v. anche, *ivi*, le citazioni dei suoi precedenti scritti, tra i quali particolarmente interessante qui, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pagg. 125 e ss., che tende a restringere i casi di nullità dell'atto amministrativo, in particolare nei confronti della violazione del diritto soggettivo del privato, ma che dilata l'ipotesi di inesistenza dell'atto stesso; per un giudizio negativo sui risultati di tali analisi, cfr. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., pag. 192.

Per un'opinione nettamente contraria alla valutazione come atto nullo dell'atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo, cfr. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 186 e ss.

affermazioni nel senso che l'atto amministrativo emanato con carenza di potere (espressione da ritenersi equivalente a quella, più usata nel presente lavoro, di atto con violazione di una norma di esistenza del potere), debba essere considerato nullo <sup>(79)</sup>.

Né pare scalfire la validità del rilievo del nesso del quale si discute, la considerazione che talvolta l'affermazione di quella nullità è prospettata come spunto critico del criterio di ripartizione tra le giurisdizioni adottato dalla giurisprudenza, basato sulla contrapposizione tra contestazione dell'esistenza del potere e contestazione della legittimità del suo esercizio <sup>(80)</sup>; spunto critico che si deve ritenere che debba riguardare anche quella parte del ragionamento che qui si propone, la quale tale criterio parrebbe

<sup>(79)</sup> Per valutare l'atteggiamento giurisprudenziale in ordine al problema accennato nel testo, paiono risultare assai significative le pronunce emanate in ordine a notissime fattispecie: a quelle nelle quali viene impugnato, di solito davanti al giudice amministrativo, un atto amministrativo emanato sulla base di una norma, successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale; in tali casi, come si sa, dopo qualche iniziale oscillazione (cfr. Sez. VI, 10 febbraio 1960, n. 51, in *Giust. cost.*, 1960, pagg. 330 e ss., con nota critica di ESPOSITO: *Inesistenza o illegittima esistenza di uffici e di atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie*) pare avere prevalso l'orientamento a favore del mantenimento della giurisdizione del giudice amministrativo: cfr. per tutte la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 10 aprile 1963, n. 8, in *Foro it.*, 1963, III, 282, con nota di richiami; in *Giust. civ.*, 1963, I, 2220, con nota di LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*; in *Giust. cost.*, 1963, 1212, con nota di A.A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*; sull'argomento, cfr. anche A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, pag. 135 e ss.; LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pag. 875 e ss.; PEREZ, *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, col. 360 e ss.; ANGELETTI, *Osservazioni in tema di mancanza di potere nella P.A. conseguente a pronuncia della Corte Costituzionale, ed inesistenza di provvedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1967, II, 129.

L'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, al di là del suo significato specifico, non può non essere considerato come tendenzialmente contrario ad aggravare le conseguenze, in ordine all'invalidità dell'atto amministrativo, dell'aver l'Amministrazione agito oltre i limiti del suo potere.

<sup>(80)</sup> Per questa critica, cfr. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 93.

giustificare e confermare. Al riguardo, due sono gli ordini di considerazioni da fare, che si sviluppano in modo complementare. Da un lato, quella contrapposizione, si è cercato di sostenere, ha comunque basi oggettivamente solide; basi oggettivamente tanto solide, sembra, da reggere anche i corollari su materie connesse che dovessero essere tratti, per avventura anche in difformità di opinioni diffusamente accettate: da questo punto di vista, che l'atto amministrativo che violi una norma di esistenza, in particolare modo una norma di relazione, che quindi leda un diritto soggettivo altrui, non sia radicalmente nullo, diventa una proposizione che deve essere positivamente dimostrata. Dall'altro lato, poi, si può benissimo ammettere che una simile dimostrazione possa essere data, e che sia anzi probabile che venga data; ma ciò non significa affatto infirmare la linea di ragionamento che si cerca di proporre. Si era detto dello scambio concettuale tra limiti di esistenza del potere e limiti di esistenza, quindi *a fortiori* nullità dell'atto; occorre precisare che è uno scambio che può ingannare. Sicuramente, come del resto si è cercato di dire, sono strettissimi i nessi tra potere e atto, quindi tra limiti di esistenza del potere e limiti di esistenza dell'atto, e così via: ma non per questo sono accettabili trasposizioni automatiche; ma non per questo violazione di una norma di esistenza del potere deve significare necessariamente inesistenza o anche solo nullità dell'atto. Il codice civile (art. 1418) prevede che violazione di norme imperative che dal punto di vista della linea di ragionamento che si cerca di proporre in buona sostanza sono i limiti dei poteri di autonomia privata, produca la nullità del contratto solo in quanto non sia diversamente disposto. Lì la necessità della correlazione è rotta. Qui si può intravedere lo stesso. Di più: si può intravedere addirittura che, per la diversità della natura e della consistenza degli interessi in giuoco, la correlazione non sia neppure la regola, ma solo l'eccezione.

Comunque, tra violazione di limiti di esistenza del potere, e inesistenza e nullità dell'atto relazioni devono certamente esistere,

come è già emerso per la naturalezza, si vorrebbe dire, con la quale il discorso che si veniva svolgendo ha finito con l'intersecare la problematica della invalidità dell'atto amministrativo; come emergerà ancora di più dalle considerazioni che chiuderanno questo paragrafo. Ma si tratta di una problematica il cui approfondimento qui è inopportuno e non necessario: inopportuno, perché la materia, specialmente per quel che riguarda il versante della nullità, è di tanta importanza e delicatezza, da rendere inadeguati e incauti accenni non sufficientemente giustificati, come sono inevitabilmente quelli fatti incidentalmente nel corso di un lavoro dedicato ad altro tema; non necessario, perché la profilazione della figura della nullità dell'atto amministrativo, se può conseguire ad affermazioni che costituiscono momenti essenziali del ragionamento mirante alla determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, in ultima analisi ha con tali limiti un legame solo indiretto.

Ci si astiene di proposito, perciò, dall'approfondire questi temi, per quanto siano emerse sicure connessioni tra di essi e l'argomento del presente lavoro. Ci limiteremo solo ad alcune considerazioni di carattere generale.

Le prime riguardano lo stato della dottrina in proposito<sup>(81)</sup>: esso appare largamente insoddisfacente. Anzitutto, per la confusione del linguaggio tra i vari autori: nozioni come norme di re-

(81) Sembra inutile appesantire il discorso col quadro bibliografico della letteratura sulla invalidità, annullabilità, nullità, inesistenza, etc. degli atti amministrativi, a cominciare dalla classica monografia di DE VALLES (*La validità degli atti amministrativi*, Roma 1917): si ricorderanno solo alcune prese di posizione, quasi tutte relativamente recenti, che appaiono più legate alla tematica specificamente considerata nel presente lavoro.

Anzitutto, gli scritti di SANDULLI: ripetiamo qui la citazione più volte fatta di *Precisazioni in tema di mancanza di potere*, etc., in *Foro amm.*, 1964, II, 200 e ss., dove (nota 1) sono indicati i numerosi precedenti scritti in argomento di tale autore.

Per la posizione di GIANNINI, si vedano soprattutto la voce *Atto amministrativo*, cit., in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, pagg. 157 e ss., e *Discorso generale*, cit., *passim*; cfr. anche la voce *Giurisdizione amministrativa*, etc., cit., in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, *passim*, ma specialmente pagg. 287 e ss., di cui è coautore PIRAS,

lazione, atto con carenza di potere, inesistenza e nullità dell'atto, e così via, sono volta a volta recepite e utilizzate con contorni diversi; cosicché una ricostruzione non generica di tale stato presupporrebbe preliminarmente la ricostruzione del significato di simili concetti all'interno del pensiero di ogni singolo autore. Ciò nonostante, è possibile valutare complessivamente, almeno per un verso, le tendenze che si sono venute sviluppando: nel senso che esse paiono accostarsi con un approccio eccessivamente astratto e schematizzante, formulato per di più senza tenere troppo conto delle elaborazioni dogmatiche che privatisti e teorici generali sono venuti per la loro parte approfondendo<sup>(82)</sup>, ad una materia che si presenta più ricca e sfaccettata di quanto possa apparire a prima vista.

La legislazione, quella statale<sup>(83)</sup>, ma anche quella regio-

del quale v. *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., specialmente vol. II, pagg. 380 e ss.

Nella costruzione di CANNADA BARTOLI sono qui particolarmente significative le pagg. 79 e ss., 186 e ss. delle *Lezioni*, cit.

Cfr. ancora: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pagg. 17, 18; CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento*, etc., cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, pagg. 169 e ss., e *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pagg. 643 e ss.; MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, cit., pagg. 49, 51 e ss., 140 e ss.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 46 e ss.; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pagg. 590 e ss.; VILLATA, *L'esecuzione*, etc., cit., specialmente pagg. 21 e ss., 156 e ss. In relazione ai vizi di investitura e di composizione dell'organo, v. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte Costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pagg. 434 e ss.

Nella letteratura meno recente, cfr., tra gli altri, VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale*, etc., cit., pagg. 445 e ss.; PORRINI, *La giurisdizione amministrativa*, etc., cit., in *Arch. giur.*, 1892, pagg. 536 e ss.

Cfr. anche la recente ripresa della tematica della divisione dei poteri da parte di BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245; *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano 1969.

<sup>(82)</sup> Cfr., per esempio, lo stimolante scritto di DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, e, da ultimo, IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli 1973, *passim*, ma specialmente pagg. 102 e ss.

<sup>(83)</sup> La disposizione più nota è forse l'art. 288 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, t.u. della legge comunale e provinciale, che commina la nullità delle deliberazioni comunali e provinciali prese in adunanze illegali, o adottate sopra oggetti estranei alle at-

nale<sup>(84)</sup>, dispone spesso, talvolta con formule enfatiche, la nullità di atti amministrativi in contrasto con norme di cui volta a volta è considerato vitale assicurare l'osservanza; e non si sarebbe sicuri che ciò dipenda unicamente da confusione concettuale, e da mancanza di controllo del linguaggio da parte del legislatore, per quanto poco tecnico lo si voglia considerare.

E la giurisprudenza ai fenomeni della nullità e della inesistenza dell'atto amministrativo fa riferimento con una certa frequenza: con affermazioni positive di carattere generale<sup>(85)</sup>, ma

tribuzioni degli organi deliberanti, e che contengano violazioni di legge, che deriva letteralmente dall'art. 326 del precedente testo unico approvato con r.d. 4 febbraio 1915, n. 148; per la giurisprudenza in proposito, cfr. Sez. V, 28 ottobre 1966, n. 1324, *Foro it.*, 1967, III, 299, con nota di richiami, che afferma che il termine « nullità » è stato qui impiegato dal legislatore in senso generico, comprensivo, cioè, tanto della annullabilità che della nullità: volta a volta, allora, occorrerebbe verificare, in relazione alla fattispecie e alla norma violata, quale ipotesi ricorra. In dottrina, da ultimo, e con rilievi assai interessanti, v. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969, pagg. 217 e ss.

Ma non si tratta certo di un caso isolato: per esempio, l'art. 228, ultimo comma, del medesimo r.d. 3 marzo 1934, n. 383, prevede la nullità addirittura di disposizioni regolamentari. E ancora: il d.l.c.p.s. 4 aprile 1947, n. 207, sul trattamento giuridico ed economico del personale civile non di ruolo in servizio nelle amministrazioni dello Stato prevedeva la nullità delle assunzioni di personale non di ruolo (in proposito, v. Sez. IV, 5 luglio 1955, n. 521, in *Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato 1932-61*, Roma s.a., voce *Licenziamento*, n. 116). Una ricerca analitica nella legislazione metterebbe in luce una casistica sicuramente abbastanza ricca.

<sup>(84)</sup> Cfr., per esempio, l'art. 6 della l. reg. sic. 7 maggio 1958, n. 14, che prevede la nullità dell'assunzione di personale non di ruolo (al riguardo, v. Cons. giust. amm. reg. sic., 29 aprile 1967, n. 274, *Foro amm.*, 1967, I, 2, 608, e 12 luglio 1969, n. 188, *id.*, 1969, I, 2, 864); e l'art. 23 della legge urbanistica della provincia di Bolzano 10 luglio 1960, n. 8, che dichiara « ... nulli di pieno diritto e quindi improduttivi di effetti giuridici » le deliberazioni e i provvedimenti da qualsiasi autorità emessi, tendenti ad autorizzare opere non conformi a piani entrati in vigore ed esecutivi.

<sup>(85)</sup> Cfr., per esempio, Cass., 20 aprile 1960, n. 899, *Foro it.*, Rep., 1960, voce *Competenza civ.*, n. 78 (applicazione in materia di esclusione del divieto al giudice ordinario di pronunciare la condanna dell'Amministrazione al rilascio di beni, quando questi siano trattenuti in via arbitraria, o in virtù di atti amministrativi di accertata inesistenza); Cass., 6 aprile 1966, n. 899, *Foro amm.*, 1966, I, 340 (l'atto amministrativo emanato oltre i limiti del potere dell'Amministrazione deve essere considerato *tantum non esset*); Cass., 23 ottobre 1968, n. 3414, *Foro amm.*, 1969, I, 1, 127; Sez. V, 11 giugno 1960, n. 400, *Foro it.*, Rep., 1960, voce *Giustizia amministrativa*,

anche con decisioni nei confronti di concrete fattispecie<sup>(86)</sup>, che si aggiungono a quelle ricordate poco sopra a proposito della in-

n. 389; Cons. giust. amm. reg. sic., 23 ottobre 1965, n. 165, *Foro amm.*, 1965, I, 2, 1547, e 23 marzo 1968, n. 196, *id.*, 1968, I, 2, 443.

Particolarmente significativa la sentenza della Cassazione 21 febbraio 1974, n. 482, *Foro it.*, 1974, I, 2075, con nota di BARONE: il decreto di esproprio basato su una dichiarazione di pubblica utilità priva della indicazione dei termini per l'inizio e il compimento delle espropriazioni e dei lavori, in quanto emanato in carenza di potere, è inidoneo a trasferire all'espropriante la proprietà dell'immobile espropriato.

(86) Tra i tanti esempi, v.: Sez. V, 27 aprile 1963, n. 222, *Foro it.*, 1963, III, 438, con nota di richiami (nullità di una deliberazione amministrativa, i cui verbali non erano stati sottoscritti da tutti gli intervenuti); Sez. VI, 14 luglio 1970, n. 589, *Foro it.*, 1970, III, 345, con nota di richiami (inesistenza di un parere, per mancato computo dei voti espressi dai componenti il collegio); Cass., 9 giugno 1969, n. 2010, *Foro it.*, 1969, I, 2508, con nota di richiami (inesistenza della decisione di un ricorso gerarchico se dalla firma apposta in calce « per il ministro » non sia individuabile l'organo emanante per l'illeggibilità della firma stessa; cfr. anche Cass., 18 marzo e 26 aprile 1968, nn. 878 e 1280, *Foro it.*, rispettivamente 1968, I, 3051, e 1969, I, 194, ambedue con note di F. SATTÀ); Sez. V, 13 novembre 1965, n. 1057, *Foro amm.*, 1965, I, 2, 1452 (inesistenza di clausola di appalto non deliberata dal consiglio comunale e apposta in calce alla lettera di invito); Sez. V, 13 luglio 1971, n. 705, *Cons. di Stato*, 1971, I, 1455 (nullità di un incarico di segretario generale presso un'amministrazione ospedaliera firmato non dal commissario, ma dall'incaricato, appunto nella qualità di segretario che si veniva ad attribuire, con l'applicazione della non necessità dello specifico interesse pubblico per la declaratoria di nullità da parte dell'amministrazione stessa); Cass., 2 marzo 1964, n. 468, *Foro it.*, 1964, I, 741, con nota di richiami (nullità del provvedimento di licenziamento di un dipendente da parte di un concessionario di una autolinea extraurbana con più di venticinque dipendenti, non deliberato dal consiglio di disciplina); Ad. gen. 6 ottobre 1960, n. 384, *Foro it.*, Rep., 1961, voce *Impiegato dello Stato*, n. 543 (nullità della contestazione degli addebiti ad un impiegato dello Stato, compiuta non con le modalità dell'art. 104 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3); Sez. V, 19 ottobre 1951, n. 917, *Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato 1932-61*, voce *Autorizzazione e concessione*, n. 227 (nullità della modificazione effettuata con ordinanza sindacale alla disposizione del regolamento edilizio comunale che vieta l'installazione di altri distributori di carburante a Roma entro il perimetro delle mura aureliane); Sez. VI, 22 novembre 1966, n. 910, *Foro it.*, 1967, III, 393, con nota di richiami (nullità di autorizzazione solo verbale a utilizzare mezzi di trasporto non di linea per il viaggio di servizio di un funzionario); Cons. giust. amm. reg. sic., 13 giugno 1970, n. 409, *Foro amm.*, 1970, I, 2, 761 (nullità del provvedimento col quale la commissione provinciale di controllo annulla l'atto emesso dal consiglio di un comune siciliano nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale su ricorso in materia di contenzioso elettorale, ovviamente prima della sentenza della Corte Costituzionale 27 dicembre 1965, n. 93); Sez. V, 14 febbraio 1967, n. 122, *Foro it.*, 1967, III, 258, con nota di richiami (fattispecie relativa alla imposizione di una servitù di scarico da

competenza assoluta; e ciò, sia pure con una inquadratura concettuale spesso debole e confusa<sup>(87)</sup>, della quale la dottrina porta sicuramente molta parte di responsabilità.

parte del sindaco, sulla base di un generico potere previsto a livello regolamentare); Corte dei Conti, Sez. II pens. guerra, 22 giugno 1966, n. 78233, *Foro amm.*, 1968, I, 3, 113 (nullità, quindi da accertare al di fuori dello speciale e limitato procedimento di annullamento e revoca della concessione di pensioni, se questa si riferisce a soggetto che non ne ha più il requisito perché vedova passata a nuove nozze); Corte dei Conti, Sez. III pens. civ., 9 dicembre 1971, n. 30449, *Foro amm.*, 1972, I, 3, 109 (dichiarazione di inammissibilità di ricorso contro il diniego di pensione privilegiata, perché questo deve considerarsi nullo per difetto del presupposto costituito dalla cessazione del servizio). I precedenti riportati non sono omogenei, si riferiscono tanto a casi di nullità come a casi di inesistenza dell'atto amministrativo, talvolta presentano lati dubbi o discutibili, e così via: ma di essi si è dato comunque cenno perché sembra che costituiscano un materiale meritevole di ulteriore considerazione.

(87) Cfr. ancora, oltre alle pronunce richiamate nella nota che precede: Sez. V, 23 settembre 1961, n. 478, *Foro it.*, 1962, III, 202 con nota di richiami (ha negato che vi sia incompetenza assoluta e quindi nullità nei provvedimenti con i quali il comune prima ha rilasciato e poi ha revocato la licenza edilizia per costruzioni da eseguire su area appartenente al demanio marittimo; decisione cassata da Cass., 18 febbraio 1965, n. 274, *Foro it.*, 1965, I, 631, con nota di richiami anche di letteratura, quando l'art. 10 della legge 6 agosto 1967, n. 765, era ancora al di là da venire); Cass., 24 marzo 1964, n. 664, *Foro amm.*, 1964, I, 1, 221 (nullità dell'accertamento del valore dei titoli azionari ai fini dell'applicazione dell'imposta di negoziazione da parte del comitato direttivo degli agenti di cambio, se non è stato notificato l'avviso per l'audizione del contribuente); Cass., 5 luglio 1965, n. 1405, *Foro it.*, 1965, I, 1680, con nota di richiami (non è nullo il decreto del Presidente della Repubblica di approvazione del piano particolareggiato delle adiacenze della stazione Termini, deliberato dal comune (anzi, data l'epoca dei fatti, dal governatorato), senza la prescritta deliberazione del Consiglio dei ministri); App. Milano, 17 marzo 1964, *Foro amm.*, 1965, II, 63, con nota critica di LARICCIA, *Sull'illegittimità di un provvedimento di sospensione a titolo cautelare disposto da un preside nei confronti di un alunno* (carenza di giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento dei danni causati dal provvedimento col quale un preside aveva sospeso a tempo indeterminato un alunno di scuola secondaria denunciato per furto all'autorità giudiziaria); Trib. Roma, 10 maggio 1965, *Foro it.*, 1965, I, 1556 (nullità della disposizione del regolamento del personale della SIAE che prevede il collocamento a riposo delle donne ad un limite di età inferiore a quello disposto per gli uomini); Sez. VI, 2 luglio 1965, n. 489, *Foro amm.*, 1965, I, 2, 986 (non è stato posto il problema della eventuale incompetenza assoluta, e quindi nullità, del provvedimento con il quale una camera di commercio, dopo aver negato l'autorizzazione alla trasformazione della vegetazione in zona sottoposta a vincolo idrogeologico, il che rientra nelle sue attribuzioni, va oltre, ordinando l'immediata cessazione dello sfruttamento di un giacimento minerario, il che rientra, viceversa, nelle attribuzioni del ministro per l'industria e commercio); Sez. VI, 31 marzo 1967, n. 190, *Foro amm.*, 1967, I, 2, 408 (invalidità della assegnazione di un incarico

Si intravede abbastanza materiale, insomma, perché una messa a punto di concetti appaia opportuna e necessaria. Dall'angolo visuale della linea di ragionamento che qui si cerca di proporre, può scaturire per ciò il contributo di una precisazione di alcuni aspetti dei termini nei quali i problemi accennati possono porsi: soprattutto attraverso due considerazioni, la cui validità sembra offrire un notevole margine di sicurezza perché l'una risulta conforme a certi orientamenti di fondo generalmente condivisi, e l'altra appare di evidenza intuitiva.

La prima attiene alle norme di azione: si può ritenere certo che la loro violazione produca la semplice annullabilità dell'atto, e non possa mai comportare la piena nullità di esso. L'affermazione pare conseguire necessariamente dai caratteri delle norme di quel tipo, che si sono sopra individuati: l'atto amministrativo (solo) illegittimo, in quanto tale, non viola norme di esistenza del potere, non lede diritti soggettivi altrui; essa, poi, sembra essere confortata dalla natura costitutiva che è generalmente attribuita al processo amministrativo, a quel processo, cioè, che ha per oggetto, almeno secondo le comuni opinioni, atti amministrativi che per definizione sono illegittimi in senso stretto. Infine, che dalla violazione delle norme di azione derivi la semplice annullabilità dell'atto, pare conforme a quegli orientamenti dottrinali che si sono sopra richiamati: non c'è dubbio che tale conclusione debba essere condivisa da chi neghi in radice che si possa profilare la figura della nullità dell'atto amministrativo; ma è ugualmente sicuro che con essa possa consentire chi ammette in linea di principio questa profilabilità, pur limitandola, secondo la posizione più diffusa in dottrina, ai soli casi di più gravi illegalità, e di più macroscopiche carenze dell'atto stesso.

Anche sulla base della affermazione che precede, sembra poi di intuitiva esattezza l'ulteriore rilievo preannunciato, che appare

di insegnamento ad un insegnante medio, per mancanza dell'elemento essenziale costituito dalla indicazione della sede presso cui prestare servizio, dalla quale è stata derivata l'invalidità del provvedimento di decadenza dall'incarico stesso).

strettamente conseguente all'analisi che si è sopra condotta, sui caratteri delle norme di esistenza del potere; esso riguarda un aspetto del rapporto tra violazione di norme di questo tipo, e invalidità dell'atto amministrativo, e deve essere formulato nel senso che la nullità di tale atto non potrebbe derivare altro che dalla violazione di norme di quel genere. La considerazione è ovviamente condizionata all'ammissibilità, che qui non si vuole indagare, della figura della piena nullità dell'atto amministrativo; essa, peraltro, pare dover rimanere ferma, quale che sia, poi, l'ampiezza che a tale figura si vuole dare. Sulla base di questo secondo rilievo, allora solo implicito, si è dedotto in precedenza il carattere di norma di esistenza, di quella norma sulla pertinenza soggettiva del potere, la cui violazione comporta la incompetenza c.d. assoluta; tutto ciò, se si accoglie l'opinione assai diffusa, e generalmente nota, che tale incompetenza provochi la piena nullità dell'atto.

Dalle due considerazioni che precedono, i termini del problema della nullità dell'atto amministrativo, almeno secondo l'impostazione che risulta dal particolare angolo visuale offerto dal ragionamento che si propone, appaiono alquanto ridotti; residua, peraltro, quel che sembra essere la questione centrale, e di più difficile soluzione: si tratta di vedere se la violazione di norme di esistenza comporti sempre, il che appare ben improbabile, oppure solo qualche volta (al limite: in nessun caso), la nullità dell'atto. In altre parole, si tratta di vedere se il rapporto tra violazione di una norma di esistenza e nullità dell'atto (nel senso a partire dal primo termine, giacché in quello opposto la relazione pare sicura), possa essere accettato con la medesima absolutezza di quello prima accennato, tra violazione di una norma di azione e annullabilità dell'atto. In questi precisi termini, il problema, per i motivi sopra esposti, viene lasciato qui insoluto. Conseguentemente, si devono ritenere esplicitamente subordinate all'accoglimento della tesi della piena corrispondenza tra violazione di norma di esistenza e nullità, le considerazioni svolte in precedenza,

relative al carattere necessario di norma di azione, della norma sulla pertinenza soggettiva del potere, la cui violazione dia luogo alla sola incompetenza c.d. relativa.

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.* — È necessario, adesso, ricollegare la precedente analisi dei caratteri delle norme di esistenza del potere, e di quelli delle norme di azione, e della loro contrapposizione, al problema della determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, ritornando alla consueta impostazione.

Il modo più pertinente di assumere di nuovo questo angolo visuale, sembra essere quello di riprendere una alternativa che si era in precedenza delineata, e che a suo tempo era stata lasciata in sospenso. Essa era stata introdotta sulla base del rilievo che la determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che si era inizialmente accolta, in relazione alla contrapposizione delle norme di relazione a quelle di azione, si era rivelata, successivamente, in realtà inappagante: poiché era emerso che a queste ultime si doveva correlare l'intera categoria delle norme di esistenza, rispetto alle quali le norme di relazione costituiscono solo una *species*, non si poteva più considerare esauriente la contrapposizione originaria.

Nello sviluppo della diversa impostazione che si veniva proponendo, si era notato che: o si limita la giurisdizione del giudice ordinario alla violazione delle sole norme di relazione, e allora sorge il problema della collocazione della violazione delle altre norme di esistenza; o si estende quella giurisdizione anche nei confronti della violazione di queste ultime, e allora sorge il problema di giustificare l'ampliamento in tal senso della formula adottata dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la quale, facendo esplicito riferimento ai diritti soggettivi dei privati, sembra richiamare solo le norme, e le violazioni delle norme, dalle

quali tali diritti sono tutelati, ossia le norme di relazione in senso stretto.

Già quando è stata enunciata questa alternativa, peraltro, erano stati introdotti nel ragionamento tutti gli elementi, i quali indicano che non è possibile, in linea di principio, andare oltre la prima e più ristretta soluzione, anche se ciò comporta il dover affrontare il problema accennato. Non importa qui tanto, infatti, il modo col quale le norme di relazione sono correlate ai diritti soggettivi dei privati, ossia la tutela che da quelle deriva per questi; qui conta soprattutto che tale correlazione sia profilabile, e che sia profilabile solo con le norme di relazione, e non con le altre norme di esistenza: come si è visto, infatti, solo nella definizione delle prime, essa si riflette, e solo come elemento essenziale di queste, essa è ravvisabile. Al di fuori del gruppo delle norme di relazione, può sicuramente individuarsi qualche collegamento tra norme di esistenza, e diritti soggettivi del privato, ma esso, comunque venga delineato, è meramente accidentale: ciò risulterà chiaramente da una esemplificazione alla quale si accennerà tra breve. D'altro canto, se si vuol tradurre sul diverso piano delle norme e delle loro differenziazioni, quella giurisdizione del giudice ordinario, che *per tabulas* è delineata in relazione a tali diritti soggettivi, essa non può non essere agganciata solo a quelle norme che a questi diritti siano per i loro caratteri essenzialmente connesse: ecco perché, in linea di principio, la giurisdizione del giudice ordinario deve essere limitata alla sola ipotesi di violazione di norme di relazione.

D'altronde, rispetto alla fase del ragionamento nella quale si era prospettata per la prima volta l'alternativa in esame, il panorama appare ora allargato: per le osservazioni esposte nel paragrafo precedente, la valutazione della portata delle norme di esistenza, e della loro violazione, potrebbe essere completato con la considerazione che l'atto lesivo di queste deve essere ritenuto nullo, secondo una tesi che è già stata prospettata in dottrina, e che se non si vuole in questa sede accogliere, ciò non di meno non

la si vuole neppure respingere. Questo agnosticismo al riguardo non impedisce di tenere conto, sia pure in via puramente eventuale e ipotetica, del possibile nesso accennato, tra violazione di norma di esistenza e nullità dell'atto che la viola: per altro verso, poi, appare consigliabile considerare anche tale prolungamento di prospettiva, per l'indubbio arricchimento di profili del problema, che da esso consegue.

Un primo frutto di questo arricchimento potrebbe essere visto proprio in un rafforzamento della tesi che la giurisdizione del giudice ordinario, in linea di principio, deve essere limitata alla violazione delle sole norme di relazione; l'accoglimento dell'altra, più ampia soluzione, se si accettasse il problematico nesso descritto tra violazione di tutte le norme di esistenza, e nullità dell'atto amministrativo, comporterebbe la conclusione che la giurisdizione suddetta comprenderebbe tutti i casi nei quali l'atto stesso sia nullo. Si tenga presente che, sempre nell'ipotesi nella quale si ritenesse sussistente il nesso indicato, questa estensione in nessun modo potrebbe essere considerata come accidentale e derivata: poiché sarebbe tratto che atterrebbe all'essenza delle norme di esistenza, che la loro violazione comporti la nullità dell'atto, nei limiti nei quali la giurisdizione del giudice ordinario venisse definita abbracciando la violazione di tutte le norme di questo tipo, essa verrebbe nello stesso tempo ad essere ugualmente determinata in relazione a quel tipo di invalidità dell'atto. In altre parole, conducendo sempre il discorso sulla base della ipotetica nullità di tutti gli atti che violassero norme di esistenza, secondo l'ampliamento della giurisdizione del giudice ordinario che viene qui respinta, si verrebbe a dire che l'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dovrebbe essere letto nel senso che il giudice ordinario sarebbe il giudice normale ed esclusivo della nullità degli atti amministrativi; conseguenza, questa, che sembra del tutto inaccettabile<sup>(88)</sup>: non si vede, in

<sup>(88)</sup> Giustamente, sembra perciò, la dottrina è generalmente contraria a fare del giudice ordinario il giudice istituzionalmente competente in ordine agli atti am-

realtà, che cosa il giudice ordinario possa avere a che fare con una assunzione ad un pubblico impiego, o con una graduatoria di concorso — per fare i primi esempi che possono venire in mente — anche se questi atti fossero radicalmente nulli, per incompetenza assoluta, o per carenza dei requisiti minimi di forma, o per qualsivoglia altra causa.

D'altra parte, questa esclusione della giurisdizione del giudice ordinario in nessun modo può essere valutata come affermazione della sussistenza in proposito della giurisdizione del giudice amministrativo: quest'ultimo, quando si trova di fronte all'impugnazione di un atto amministrativo che viola una norma di esistenza del potere, deve declinare la propria giurisdizione: le norme di questo tipo, infatti, quando sono connesse con interessi individuali, lo sono con interessi individuali tutelati come diritti soggettivi perfetti: lo si vedrà meglio nelle prossime pagine. Nè la conclusione cambierebbe, se si volessero considerare tali atti come affetti da vizi o da deficienze più gravi di quelle che comportano la loro semplice annullabilità: in tal caso, poiché atti del genere, per definizione, *medio tempore* non potrebbero esplicare effetti, neppure quelli lesivi dell'interesse individuale, mancherebbe da questo punto di vista la legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo. In questo senso sembra orientata la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>(89)</sup>, anche se talvolta non mostra di percepire il problema<sup>(90)</sup>, magari per il commendevole fine di arrivare

ministrativi nulli: cfr. CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, pag. 383 e ss.; CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, pag. 169 e ss.; v. anche, *ivi*, ulteriori, ampie citazioni di dottrina.

<sup>(89)</sup> Cfr. per esempio, Sez. V, 23 settembre 1961, n. 478, *Foro it.*, 1962, III, 20, con nota di richiami; Cons. giust. amm. reg. sic., 2 ottobre 1968, n. 385, *Foro amm.*, 1968, I, 2, 1415, e 13 giugno 1970, n. 409, *id.*, 1970, I, 2, 761 (Sez. IV, 25 luglio 1970, n. 585, *ibid.*, 796, si espresse nello stesso senso in linea di principio escludendo peraltro che l'ipotesi ricorrebbe nella fattispecie); cfr. anche Corte dei Conti, Sez. III pens. civ., 9 dicembre 1971, n. 40349, *Foro amm.*, 1972, I, 3, 109.

<sup>(90)</sup> Cfr., per esempio, le seguenti pronunce, con le quali il Consiglio di Stato ha deciso il ricorso nel merito, non ponendosi il problema del tipo di invali-

più sollecitamente alla tutela sostanziale dell'interesse individuale. Ciò che non significa che il giudice amministrativo non possa mai conoscere degli atti dei quali si discorre: lo può fare in una ipotesi: quando essi siano diversi dagli atti amministrativi direttamente impugnati, e costituiscano oggetto di una questione pregiudiziale rilevante per la decisione nel merito del ricorso; di solito, quanto gli atti amministrativi impugnati siano viziati, per la violazione della norma di azione che richiede come loro antecedente necessario nella serie procedimentale, o comunque come loro necessario presupposto, proprio l'atto che l'amministrazione emise con violazione di una norma di esistenza; se si vuole, quando gli atti amministrativi impugnati siano annullabili, a causa della nullità o inesistenza di questo necessario antecedente o presupposto <sup>(91)</sup>.

Comunque, la conseguenza qui criticata secondo la quale la giurisdizione del giudice ordinario si dovrebbe estendere sino a comprendere istituzionalmente ogni violazione di norme di esistenza, se si vuole ogni ipotesi di nullità o inesistenza dell'atto amministrativo, sarebbe inaccettabile soprattutto per una ragione: perché, ingiustificatamente, al piano delle situazioni soggettive

dità dell'atto, oppure risolvendolo nel senso della violazione di una norma di azione-annullabilità: Sez. VI, 2 luglio 1965, n. 489, *Foro amm.*, 1965, I, 2, 986 (caso della camera di commercio che dispone invece del competente ministro dell'industria la cessazione dell'attività mineraria esercitata in zona sottoposta a vincolo idro-geologico); Cons. giust. amm. reg. sic., 29 novembre 1966, n. 561, *Foro it.*, 1967, III, 126, con nota di richiami (caso dell'atto di controllo emesso, in Sicilia, da una commissione provinciale di controllo nei confronti del bilancio di una azienda di turismo); Sez. VI, 28 marzo 1972, n. 141, *Foro it.*, 1972, III, 344, con nota di richiami (caso dei provvedimenti dall'Università di Napoli che, riorganizzando il policlinico universitario, incidono sul rapporto tra titolarità di insegnamenti universitari e direzione di cliniche); Sez. V, 21 aprile 1972, *Foro amm.*, 1972, I, 2, 440 (caso del provvedimento sindacale sanzionatorio di una costruzione senza licenza, nei confronti di una piantagione che, in quanto tale, non è sottoposta all'obbligo della licenza stessa).

<sup>(91)</sup> Cfr., per esempio, Sez. VI, 22 novembre 1966, n. 910, *Foro it.*, 1967, III, 395, con nota di richiami; Sez. VI, 14 luglio 1970, n. 589, *id.*, 1970, III, 345, con nota di richiami; Sez. V, 13 luglio 1971, n. 705, *Cons. di Stato*, 1971, I, 1455; v. anche Sez. V, 19 ottobre 1951, n. 917, *Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato 1932-61*, voce *Autorizzazioni e concessioni*, n. 227.

utilizzato nella formulazione legislativa, verrebbe sostituito quello dei tipi di invalidità dell'atto, senza che vi sia un riscontro tra le nozioni che sull'uno e sull'altro piano vengono ricavate.

Questo profilo sarà ripreso in seguito. Qui preme ribadire quanto sostenuto, illustrandolo con un esempio, tanto più necessario, in quanto esso costituirà il punto di riferimento, in relazione a varie differenziazioni di ipotesi, che sarà necessario delineare per approfondire l'argomento. Si dirà, dunque, che esempio tipico di quelle violazioni di norme di relazione, che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, pare essere costituito da un atto di esproprio, emanato nei confronti di un bene non compreso in una dichiarazione di pubblica utilità, quando tale atto venga attaccato proprio a causa di questa sua specifica illiceità: non a caso questo medesimo esempio sarà tenuto presente anche nel paragrafo seguente, quando si considererà il terzo dei profili di approfondimento della materia, rilevabile nell'ipotesi nella quale vi sia un conflitto diretto tra potere dell'Amministrazione e diritto soggettivo del privato; nell'ipotesi, cioè, nella quale il contenuto del potere sia la disponibilità del diritto. Riprendendo il discorso che qui occorre svolgere subito, si dirà che, nell'esempio descritto, certamente il giudice ordinario conoscerà della violazione di una norma di esistenza, ma non in quanto tale, ma perché norma di relazione in senso proprio. Ugualmente, se si volesse accettare la tesi che in tal caso la violazione della norma di esistenza in parola debba comportare necessariamente la nullità dell'atto, in quanto emanato con carenza di potere, certamente il giudice ordinario conoscerebbe di un atto amministrativo nullo, ma non in quanto tale, ma solo perché lesivo di un diritto soggettivo <sup>(92)</sup>.

<sup>(92)</sup> Cfr., per questa ragione, e per le considerazioni che seguono ulteriormente nel testo: CASSETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità*, etc., cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, pag. 176 e ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr., in vario senso, Cass., 2 luglio 1965, n. 1375, *Foro amm.*, 1965, I, 2, 469, e 5 luglio 1965, n. 1405, *Foro it.*, 1965, I, 1680, con nota di richiami; Cass., 16 novembre 1966, n. 2768, *Foro it.*, 1967, I, 1837, con nota di richiami; Sez. V, 14 febbraio 1967, n. 122, *Foro it.*, 1967, III, 258, con nota di richiami.



L'affermazione che, in linea di principio, la giurisdizione del giudice ordinario non può estendersi fino a ricomprendere tutte le violazioni di norme di esistenza, tutti gli eventuali e problematici casi di nullità dell'atto amministrativo, non significa, però, che oltre i limiti sopra delineati, questo campo gli sia tassativamente precluso; non significa, cioè, che il giudice ordinario non possa talvolta conoscere di violazioni di norme di esistenza, di atti amministrativi in ipotesi nulli, anche se non vi sia violazione di norma di relazione, lesione di diritto soggettivo in senso proprio<sup>(93)</sup>. Converterà procedere per esempi, mantenendo quella unicità della fattispecie di riferimento, che giova alla efficacia dell'illustrazione. Si immagini, così, che quel decreto di esproprio sopra accennato, emesso nei confronti di un bene non compreso in una dichiarazione di pubblica utilità, sia viziato anche per incompetenza assoluta, o per carenza radicale di requisiti formali: sotto questi profili, le norme di esistenza violate non sono di relazione, e la nullità che si volesse eventualmente ravvisare, non dipenderebbe dalla violazione di un diritto soggettivo. Ciò nonostante, non vi è dubbio che la contestazione della legalità, per usare un termine neutro, dell'atto descritto, ricadrebbe comunque nella giurisdizione del giudice ordinario, anche se il sindacato esercitato da questi rimanesse circoscritto ai profili da ultimo indicati, per il giuoco dei limiti della domanda di parte, o per qualsiasi altro motivo. La ragione di ciò è evidente: ha pur sempre consistenza di diritto soggettivo, il diritto del privato sul bene, oggetto dell'atto di esproprio del quale si discute, e seppure tale diritto non è violato in modo diretto dalle illegalità dell'azione amministrativa che riguardano il profilo formale, o quello di pertinenza soggettiva del potere, certamente è la tutela di esso che

<sup>(93)</sup> Cfr. Trib. Napoli, 5 febbraio 1953, *Foro it.*, Rep., 1954, voce *Atto amministrativo*, n. 19; App. Napoli, 21 aprile 1952, *id.*, Rep. 1952, voce *cit.*, n. 24, che hanno dichiarato l'inesistenza dei provvedimenti con i quali il provveditore alle opere pubbliche abbia disposto la demolizione di un edificio ai sensi dell'art. 7 del r.d. 9 dicembre 1926, n. 2389, se essi manchino della forma scritta.

viene in ogni caso invocata, contro pregiudizi che comunque scaturirebbero dall'atto in parola, e dalla sua esecuzione.

Questa ultima considerazione fornisce lo spunto, e la chiave per la soluzione, di un'altra ipotesi che si può delineare. È possibile, infatti, procedere oltre, e immaginare che quel decreto di esproprio così essenzialmente viziato per incompetenza assoluta, o per radicale carenza di requisiti formali, abbia viceversa per oggetto beni già compresi in una dichiarazione di pubblica utilità. In questo caso, si potrebbe basare il ragionamento sulla circostanza indubbia, e più volte affermata in precedenza, che la dichiarazione di pubblica utilità implica il venir meno del diritto di proprietà, la sua trasformazione, al massimo, in un interesse legittimo, secondo lo schema che si cercherà di delineare tra breve; si potrebbe dire, allora, che non esistendo più quella situazione di diritto soggettivo, solo della quale si può domandare tutela davanti al giudice ordinario, si è ormai al di fuori dei limiti della giurisdizione di questo. Una simile argomentazione non sarebbe però definitivamente persuasiva: come si vedrà meglio nel paragrafo seguente, infatti, quel venir meno del diritto soggettivo del privato è rigorosamente limitato alla correlazione di esso con il potere di espropriazione dell'Amministrazione; il completo trasferimento del bene dalla sfera giuridica del privato stesso a quella dell'Amministrazione, d'altronde, conseguirà, ovviamente, solo all'atto di esproprio, al quale si ricollega l'effetto traslativo della proprietà. Al di fuori del ristretto settore indicato, dunque, come si sa, la posizione del privato ha piena consistenza di diritto soggettivo. Ma il decreto di esproprio ora ipotizzato, in quanto emanato fuori dai limiti di esistenza del potere, in nessun modo può essere considerato esercizio di questo: nei suoi confronti, perciò, la posizione del privato si atteggerà sempre come un diritto soggettivo pieno, la tutela del quale non vi è ostacolo a che sia chiesta al giudice ordinario.

Qui, però, ci si deve arrestare; o, meglio, questo è il confine estremo della giurisdizione del giudice ordinario: immaginando una gamma ideale di fattispecie, nelle quali la rilevanza

del diritto soggettivo del privato sia progressivamente più debole, sembra che oltre l'ipotesi da ultimo considerata, venga meno il presupposto alla cui esistenza è ancorata la giurisdizione suddetta.

Si può prescindere, peraltro, da ulteriori esemplificazioni: il materiale accumulato pare già sufficiente, infatti, per la formulazione di alcune considerazioni generali. La prima di esse è che si ha giurisdizione del giudice ordinario, non solo quando vi è lesione di un diritto soggettivo in senso stretto, perché è violata una norma di relazione, ma anche quando ha tale consistenza la posizione che comunque viene fatta valere in giudizio dal privato, contro un atto amministrativo emesso in violazione di una norma di esistenza che non sia di relazione. La seconda è che, di conseguenza, l'alternativa delineata all'inizio di questo paragrafo, per quanto la sua enunciazione potesse sembrare conseguente al filone di elaborazione della distinzione tra norme di azione e norme di relazione, e coerente con lo sviluppo del ragionamento che si propone, in realtà comporta un problema falsamente impostato: la giurisdizione del giudice ordinario, pur sicuramente comprendendo ogni violazione di norme di relazione, da un lato non comprende solo violazioni di norme di esistenza di questo genere, senza per questo arrivare, d'altro canto, ad abbracciare tutte le violazioni di norme di esistenza di diverso tipo.

Questo rilievo ha una portata più ampia di quella che può apparire a prima vista: esso non indica solo una inadeguatezza della distinzione delle norme di relazione dalle altre norme di esistenza, a rendere i limiti di giurisdizione del giudice ordinario; inadeguatezza che si potrebbe credere eliminabile, profilando una diversa e più aderente linea di differenziazione, che sia però sempre da tracciare nel quadro delle norme che, in generale, vincolano il comportamento dell'Amministrazione. Al contrario, dall'osservazione precedente traspare una radicale impossibilità di tradurre i limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che sono legislativamente definiti in relazione al diritto soggettivo del privato, in termini di differenziazione tra gruppi di norme: rileva così con particolare evidenza, il fattore fondamentale per la com-

preensione del significato e dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, in ordine alle controversie delle quali sia parte l'Amministrazione in quanto titolare dei suoi poteri d'imperio; ossia che, anche quando nella fattispecie incide un atto amministrativo, ciò non di meno l'oggetto del giudizio è e rimane sempre una situazione giuridica soggettiva: il diritto soggettivo del privato<sup>(94)</sup>; l'oggetto del giudizio comprende anche una manifestazione del soggetto pubblico del rapporto, ma anche esso sul piano delle situazioni giuridiche soggettive: il potere di tale soggetto pubblico, di cui l'atto costituisce l'esercizio, e che al diritto soggettivo del privato si contrappone. Affiora in tal modo qui ancora una volta quella assoluta diversità, quella irriducibile non omogeneità, alla quale si è spesso accennato, tra piano del diritto in senso oggettivo, e piano del diritto in senso soggettivo. Tali piani possono presentare dei punti di intersezione, quale quello presupposto nella definizione delle norme di relazione, come le norme che tutelano diritti soggettivi; ma poi lo sviluppo concettuale procede secondo logiche diverse, ciascuna propria dell'uno e dell'altro modulo di pensiero, ed ulteriori, più consistenti trasposizioni dall'uno all'altro risultano impossibili. Sicuramente le violazioni delle norme di azione sfuggono alla giurisdizione del giudice ordinario, perché queste non attengono a rapporti tra sfere giuridiche diverse, ma si collocano all'interno di una di esse; sicuramente le violazioni delle norme di relazione vi rientrano, perché queste, al contrario, costituiscono proprio le norme che regolano i rapporti tra sfere giuridiche diverse. Rimane il problema della violazione delle norme di esistenza di altro tipo: di quelle norme, cioè, che sono sempre di confine di una sfera giuridica, ma non disciplinano il confine di una sfera giuridica nei confronti di quello di un'altra sfera giuridica; ebbene, nessuna distinzione sul piano delle norme riuscirà mai a determinare quei casi, nei quali la violazione di una delle norme

<sup>(94)</sup> Cfr. MONTESANO, *Processo civile*, cit., pag. 43 e ss.; cfr. anche GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 35.

di esistenza in parola, per la sua connessione che si deve dire accidentale con un diritto soggettivo, è sindacata dal giudice ordinario medesimo. Ciò, in primo luogo, perché tali casi non presentano con le norme di esistenza violate, un nesso intrinseco paragonabile a quello che è possibile individuare a proposito delle norme di relazione, la cui violazione costituisce una faccia di una medaglia, l'altra faccia della quale è costituita dalla violazione di un diritto soggettivo. Inoltre, e soprattutto, perché le norme di esistenza diverse da quelle di relazione, non sono concepibili come una categoria con caratteri propri, ma, nel *genus* delle norme di esistenza, sono definibili solo negativamente, e cioè come non-norme di relazione.

Deve rimanere ferma la considerazione dalla quale ha preso le mosse il presente lavoro, e che poi si è venuti approfondendo: ossia, che alla base del sistema delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, c'è una differenziazione tra due gruppi di norme, secondo che la loro violazione ricada o meno nella giurisdizione del giudice ordinario; in ogni caso, infatti, è su tale fondamento che questa giurisdizione deve trovare la sua prima, anche se ancora non dettagliata definizione. Ma dal rilievo della appartenenza delle norme di relazione alla più vasta categoria delle norme di esistenza, e da quello che il diritto soggettivo del privato può variamente emergere nel processo civile, che esso può essere tutelato dal giudice ordinario, anche nei confronti di violazione di norme che non lo proteggano direttamente, risulta l'incapacità di differenziazioni del genere, di dare un conto compiuto e dettagliato, di un fenomeno più ricco e articolato.

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 del privato; la dichiarazione di pubblica utilità rende il bene oggetto possibile del potere di espro-*

*prio e oggetto impossibile del diritto di proprietà; la relatività delle situazioni giuridiche.* — Rimane ora da considerare il terzo dei profili che si erano indicati in precedenza, l'elaborazione dottrinale dei quali ha portato a sostanziali approfondimenti del tema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: il rapporto specifico che si viene a instaurare tra il potere dell'Amministrazione e il diritto soggettivo del privato, quando queste due posizioni entrino in conflitto diretto. Il problema è di estrema delicatezza, non solo per la sua importanza oggettiva, ma anche per il carattere di punto nodale del ragionamento che si svolge, che finisce con assumere: è chiaro, infatti, che le linee del discorso sin qui seguite, le loro conseguenze fino ad ora implicite, ma che adesso devono essere chiaramente affermate, sembrano rendere contraddittoria la stessa formulazione dei termini della questione.

In base all'ordine di idee che si propone, infatti, è inevitabile la conclusione che potere dell'Amministrazione e diritto soggettivo del privato sono situazioni giuridiche le quali possono avere solo punti esterni di contatto<sup>(93)</sup>; le norme di esistenza, più

<sup>(93)</sup> Il ragionamento che qui si propone, al di là di certe differenze terminologiche, presenta vari elementi di concordanza con alcuni spunti accennati da F. SATTÀ, *Giurisdizione ordinaria*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pag. 584 e ss., 587 e ss., 590 e ss.; in particolare, si concorda pienamente sul rilievo che l'atto amministrativo illecito è l'atto amministrativo (meglio, secondo il chiarimento qui proposto circa il rapporto tra le norme di relazione e le norme di esistenza del potere: è un atto amministrativo) emanato al di fuori dei limiti di esistenza del potere; questa espressione deve ritenersi equivalente a quella impiegata da F. SATTÀ, e di più diffuso uso in dottrina ed in giurisprudenza, di atto amministrativo emanato con carenza di potere (al riguardo, cfr. *supra*, specialmente pagg. 154 e ss.); inoltre, per quanto non si ritenga di affermare in modo reciso che un atto amministrativo siffatto non possa ledere in senso tecnico, e più precisamente non possa estinguere il diritto soggettivo contrapposto, pure non si esclude che debba essere profilata una eventualità del genere: cfr. le considerazioni con le quali si chiude il paragrafo seguente, dedicato all'analisi della teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo.

Rispetto agli spunti suddetti, vi è viceversa dissenso su due altri due elementi, che sono di importanza fondamentale: pare opportuno, perciò, che esso non sia passato sotto silenzio. Il primo di tali elementi riguarda la definizione della nozione stessa di atto amministrativo, che viene adottata o quanto meno presupposta nello svolgimento del-

precisamente quelle di relazione in senso proprio, delimitano la loro ampiezza, delineando quel che è il confine reciproco di esse; risulta così impossibile la contemporanea sussistenza dell'una e dell'altra, in ordine ad un medesimo interesse individuale<sup>(94)</sup>.

La profilabilità di una linea di demarcazione così netta, la quale esclude che possano essere configurate aree nelle quali potere dell'Amministrazione e diritto del privato coesistono, pare però diventare maggiormente incerta e problematica proprio nell'ipotesi in un certo senso più tipica, e sicuramente di più grande rilevanza, nel quadro dei rapporti tra le sfere giuridiche pubblica e privata: l'ipotesi, cioè, nella quale il potere dell'Amministrazione ha per contenuto la disposizione di un bene che è oggetto di un diritto del privato<sup>(95)</sup>; l'esempio più ovvio che si può addur-

l'indagine: la nozione accolta da F. SATTÀ, è di evidente derivazione kelseniana, mentre quella alla quale si è fatto riferimento nel corso del presente lavoro, è sviluppata sulla base di una nozione di potere giuridico, di cui è essenziale la matrice istituzionalistica (cfr., *supra*, pag. 114 e ss., e, per il riferimento a tale matrice, cfr. la nota 3 a pag. 116); al riguardo, si deve osservare che proprio la derivazione kelseniana della nozione di base, pare comportare alcune difficoltà nella definizione di limite del potere che F. SATTÀ si trova costretto ad affrontare; quelle medesime difficoltà che, secondo tale autore, la giurisprudenza avrebbe considerato sulla base della distinzione tra potere in senso concreto e potere in senso astratto: sul tema, cfr. quanto accennato *supra*, sul concetto di norma di esistenza del potere (cfr., soprattutto, il paragrafo 13, e pag. 153 e ss.).

Il secondo punto di dissenso riguarda la validità della teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, che F. SATTÀ conferma, ma che, almeno dall'angolo visuale del presente lavoro, sembra risultare un elemento superfluo al fine della ricostruzione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario (in proposito, cfr. il paragrafo che segue).

<sup>(94)</sup> Nello stesso senso, cfr. DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 95, 96, peraltro in una prospettiva concettuale non coincidente con quella proposta nel testo.

<sup>(95)</sup> In questo paragrafo si propone una linea di ragionamento che è formulata in relazione ai diritti reali, e in particolare al diritto di proprietà; ma essa pare valere corrispondentemente anche in ipotesi nelle quali abbia diversa natura o contenuto il diritto che entra in giuoco.

Tra i tanti esempi, cfr. Cass., 10 marzo 1971, n. 676, *Foro it.*, 1971, I, 1583, che ha configurato come un diritto soggettivo la pretesa del cittadino a usufruire del servizio ferroviario mediante acquisto del biglietto, anche in abbonamento; ma ha affermato che tale diritto degrada ad interesse legittimo, col conseguente spostamento di giurisdizione al giudice amministrativo, nei confronti del potere dell'amministrazione di negare il rilascio del biglietto di abbonamento in presenza di certi presupposti: nella specie, a coloro che esercitano abusivamente nei treni il mestiere di venditore, cantante,

re al riguardo, è quello del potere di esproprio, e non a caso, in precedenza, si è fatto prevalente ricorso ad esso, quando è sembrato opportuno illustrare con qualche esemplificazione il ragionamento che si veniva svolgendo<sup>(96)</sup>. In tale ipotesi, infatti, sembrerebbe che potere dell'Amministrazione e diritto del privato coesistano nei confronti di un medesimo settore; è necessario fugare questa impressione, perché essa, se, viceversa, risultasse fondata, metterebbe evidentemente in crisi l'intera costruzione che si propone. Pare, peraltro, che si sia giunti ad affrontare il problema, avendo introdotto nel discorso quasi tutti gli elementi, in particolare il concetto di norme di esistenza del potere, e quindi del diritto, i quali non solo a prima vista sembrano complicarlo, ma, ulteriormente analizzati, al contrario ne permettono la soluzione.

Occorre confermare, anzitutto, la validità del principio generale sostenuto, anche in ordine alla particolare ipotesi che ora si considera, e isolare le maggiori difficoltà alla sua accettazione che in essa si incontrano, tentando il loro superamento. Si deve dire, dunque, che anche quando il potere dell'Amministrazione ha per contenuto la disposizione di un bene del privato, tale potere e il diritto soggettivo sul bene stesso sono due situazioni che si escludono reciprocamente. Per precisare meglio i termini del problema, si deve cercare di ricostruire il fenomeno, partendo dall'ordine di idee che si è tenuto esponendo; in base ad esso, il momento culminante della vicenda del trasferimento del bene

suonatore e simili); Cass., 11 ottobre 1965, n. 2111, *Foro it.*, 1966, I, 1367, in relazione al potere dell'amministrazione militare di disporre la segretazione di brevetti di invenzioni utili alla difesa militare: nei confronti di tale potere discrezionale non è configurabile un diritto soggettivo. Cfr. anche Cass., 16 ottobre 1971, n. 2925, *Foro it.*, 1971, I, 2924, sulla posizione del titolare al diritto esclusivo all'uso di un cognome, nei confronti del potere del Presidente della Repubblica di riconoscere anche ad altri l'uso dello stesso nome.

<sup>(96)</sup> È noto che il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, in ordine al sindacato sui vari atti che fanno parte del procedimento di esproprio, e ai vari loro vizi ipotizzabili, ha sempre costituito uno degli aspetti più delicati e più considerati della materia che si esamina: cfr. già DE MURTAS-ZICHINA, *La giustizia amministrativa*, etc., cit., pagg. 91 e ss., e le opinioni dottrinali e i precedenti giurisprudenziali ivi citati.

dalla sfera giuridica del privato a quella dell'Amministrazione, prima e più dello stesso decreto di esproprio, sembra essere costituito, sotto un certo profilo, dalla dichiarazione di pubblica utilità<sup>(97)</sup>: è tale dichiarazione la quale, per un aspetto che dovremo definire, attua il passaggio del bene dall'una all'altra sfera giuridica.

Prima di tale dichiarazione, è ovvio, il bene è di piena ed assoluta proprietà individuale. Corrispondentemente, il bene stesso è collocato oltre i limiti di esistenza del potere di esproprio: se tale è la situazione, questo potere è legislativamente modellato, si direbbe per definizione, nel senso che è oggettivamente circoscritto ai soli beni in ordine ai quali sia intervenuta una dichiarazione di pubblica utilità; in altre parole, solo tali beni possono costituire oggetto di quel potere medesimo. È perciò ovvio che ogni intervento dell'Amministrazione sul bene considerato, non solo è illegale, ma, concretandosi nella lesione di una posizione individuale che ha piena consistenza di diritto soggettivo, è specificamente illecito; di più: esso non può essere considerato come esercizio sia pure illegittimo di un potere attribuito all'Amministrazione, e quindi ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, come afferma una giurisprudenza consolidatissima<sup>(98)</sup>, che appare quindi perfettamente giustificata anche secondo l'impo-

<sup>(97)</sup> Su cui cfr., da ultimo, CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, cit., *Arch. giur.*, 1970, pag. 46 e ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche, alle quali si rinvia e, successivamente, VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano 1974.

<sup>(98)</sup> A puro titolo esemplificativo di un orientamento giurisprudenziale ben noto, e che si è concretato in numerosissime pronunce, v., con chiarezza di concetti, Cass., 29 aprile 1969, n. 1374, *Foro amm.*, 1970, I, 1, 17, con indicazioni bibliografiche alle quali si rinvia. Cfr. anche, più recentemente, Cass., 12 maggio 1971, n. 1354, *Foro it.*, 1971, I, 2542, con nota di richiami.

Questo orientamento è inoltre il presupposto dell'affermazione della Cassazione, secondo la quale il giudice ordinario riacquista la propria giurisdizione sul decreto di esproprio, dopo la scadenza dei termini previsti nella dichiarazione di pubblica utilità: v., *infra*, la nota 101.

Tra i numerosi scritti dottrinali, appare molto vicino alla tematica considerata in queste pagine, sia pure con diverse prospettive, SANDULLI, *Manca della dichiarazione di pubblica utilità e potere di espropriazione*, in *Giur. civ.*, 1960, I, 881 e ss.

stazione qui proposta<sup>(99)</sup>. Tutto ciò, s'intende, nei limiti nei quali quell'intervento non possa essere ricollegato all'esercizio di un diverso potere dell'Amministrazione, al quale il bene stesso possa essere per avventura sottoposto da altre norme: per esempio, di un potere di requisizione.

La dichiarazione di pubblica utilità, da un certo punto di vista, sembra non apportare elementi sostanzialmente nuovi: anche dopo di essa, il bene rimane pur sempre oggetto del diritto di proprietà del privato; la dichiarazione stessa non può supplire al decreto di esproprio, nel senso che non può provocare quell'effetto totalmente traslativo del bene che è proprio di quest'ultimo, e che non può essere anticipato per ragioni che si impongono da sé; oltretutto, se si ragionasse diversamente, si verrebbe a svuotare quel decreto di ogni importanza e significato; di più: si verrebbe a svuotare di ogni importanza e significato quel diritto di proprietà che il privato mantiene sul bene fino all'atto di esproprio.

Ma sotto un altro punto di vista, viceversa, la dichiarazione di pubblica utilità, in quanto sottomette il bene al potere di esproprio dell'Amministrazione, pare mutare radicalmente la situazione<sup>(100)</sup>. Sarebbe improprio dire che con essa viene ad esistere il potere di esproprio, in ordine al bene: il potere, lo si è

<sup>(99)</sup> Appare evidente che l'orientamento giurisprudenziale ricordato alla nota che precede è una applicazione del più generale criterio di discriminazione tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa recepito dalla giurisprudenza, basato sulla distinzione tra inesistenza, e illegittimità di esercizio del potere; e il riconoscimento della fondatezza di quell'orientamento qui sostenuto, deriva direttamente dal riconoscimento della fondatezza di quel più generale criterio: v., *supra*, il capitolo I, e in particolare il paragrafo 9.

<sup>(100)</sup> Sotto altro profilo, cfr. la giurisprudenza che afferma che l'accordo amichevole che sia intervenuto tra amministrazione espropriante e proprietario in ordine al trasferimento della proprietà del bene, ha carattere di negozio di diritto privato se manchi la dichiarazione di pubblica utilità (v. Cass., 21 febbraio 1969, n. 583, *Foro it.*, 1969, I, 2286), e viceversa di negozio di diritto pubblico, inserito nella procedura di espropriazione, se dichiarazione di pubblica utilità ci sia (v. Cass., 10 giugno 1968, n. 1796, *Foro it.*, 1968, I, 1734, con nota di BARONE, che però introduce l'ulteriore requisito del deposito del piano di esecuzione dell'opera).

già visto prima, essendo uno sviluppo della capacità giuridica del soggetto, non ha delle vicende che possano essere ricollegate a quelle di un singolo rapporto, e, di per sé, preesiste senz'altro alla nascita del rapporto nei confronti del quale può essere esercitato; probabilmente, sarebbe improprio anche dire che la dichiarazione di pubblica utilità legittima in relazione al bene lo esercizio del preesistente potere, se, con questa espressione, si intendesse porre l'accento su un nesso che si verrebbe a instaurare tra il bene e l'esercitabilità del potere, piuttosto che tra il bene e i limiti di esistenza di questo. Forse, la formula che riuscirebbe più aderente alla realtà del fenomeno che si cerca di descrivere, è nel senso che la dichiarazione in parola rende il bene oggetto del potere d'esproprio; in tal modo, però, non si sfugge alla conseguenza assai importante, che, sotto questo profilo, il bene viene spostato entro i limiti di esistenza di tale potere, e quindi entro i limiti della sfera giuridica dell'Amministrazione<sup>(101)</sup>.

(101) Ciò che non impedisce, almeno in linea di principio, che il decorso del tempo, o il venir meno di un presupposto originario, o magari il verificarsi di qualche diverso presupposto provochino l'effetto contrario, sottraendo il bene alla sfera della pubblica Amministrazione, e riportandolo pienamente in quella del privato.

Tipico esempio di questo fenomeno è l'effetto che consegue al decorso del termine fissato di regola nella dichiarazione di pubblica utilità, entro il quale deve essere emanato il decreto di esproprio: almeno secondo l'orientamento della Cassazione, che in numerose sentenze afferma il riespandersi del diritto di proprietà fino ai limiti originari, con la conseguenza che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario il sindacato del decreto di esproprio emanato oltre quel termine; tra le altre, cfr. Cass., 28 febbraio 1961, n. 419, *Foro it.*, 1962, I, 1568; 19 maggio 1964, n. 1223, *id.*, 1964, I, 1809; 12 dicembre 1967, n. 2925, *id.*, 1968, I, 670; 29 aprile 1969, n. 1374, *id.*, 1969, I, 3213, tutte con note di richiami. È ben noto che il Consiglio di Stato si oppone a questa interpretazione, con numerose decisioni dell'Adunanza plenaria, che, seguita dalle sezioni singole, riafferma in tal caso il permanere della giurisdizione del giudice amministrativo: tra le altre, cfr. Ad. plen., 30 maggio 1962, n. 5, *Foro it.*, 1962, III, 261; 4 dicembre 1964, n. 24, *id.*, 1965, III, 241; 20 dicembre 1965, n. 40, *id.*, 1966, III, 474; 6 giugno 1966, n. 15, *id.*, 1967, III, 160 parimenti tutte con note di richiami. Sono da ricordare le considerazioni di BENVENUTI, *Mito e realtà*, etc., cit., pag. 78, sul nessun valore garantistico sostanziale che ha oggi la regola della necessità della prefissione dei termini per l'inizio e per il compimento delle opere.

Viceversa, la Cassazione, a proposito del già ricordato potere dell'Amministrazione militare, di disporre la segretazione dei brevetti interessanti la difesa, ha affer-

La condizione giuridica del bene in parola pare già marcatamente ambivalente; ma questa ambivalenza tanto sembra indiscutibile, quanto, malgrado il rilievo che precede, sostanzialmente insufficiente, nella sua definizione sopra formulata. Essa è indiscutibile, in quanto deriva da due proposizioni che paiono incontestabili, tanto sono ovvie: ossia, che il bene stesso è, ad un tempo, oggetto del diritto di proprietà del privato, e del potere di esproprio dell'Amministrazione. Ma essa è anche insufficiente, e ciò sotto due distinti profili: da un lato, infatti, la duplicità oggettiva del bene non sembra spiegare soddisfacentemente quella consolidata giurisprudenza secondo la quale, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, ogni illegittimità del decreto di esproprio sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario; se si volesse fondare questa conclusione sulla considerazione dell'esistenza del potere dell'Amministrazione, risulterebbe convincente l'obiezione che ciò non di meno sussiste anche il diritto di proprietà del privato, che deve essere valutato ai sensi e agli effetti dell'art. 2, oltre che dell'art. 4 della legge del 1865; resterebbe così da dimostrare, e la dimostrazione non parrebbe facile, come mai, ai fini della determinazione della giurisdizione, o del difetto di giurisdizione del giudice ordinario, la sussistenza del potere dell'Amministrazione debba essere considerata fattore d'importanza prevalente, rispetto alla sussistenza del diritto del privato. Anzi, proprio questo rilievo offre uno spunto per l'individuazione della direzione verso la quale si deve cercare di completare l'ambivalenza della quale si discorre, e, in genere, si deve tentare di approfondire l'indagine: l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario, in conseguenza della pronuncia della dichiarazione di pubblica utilità, può essere giustificata solo sulla base di una unica ricostruzione della situazione giuridica che tale dichiarazione ha creato: solo

mato che il termine previsto per la segretazione stessa non riguarda l'esistenza di quel potere: sent. 11 ottobre 1965, n. 2111, *Foro it.*, 1966, I, 1367.

Sul limite temporale di esistenza del potere, cfr. SANDULLI, *Per una delimitazione del vizio di incompetenza*, etc., cit., in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, pagg. 39 e ss.

se si conviene, cioè, che quella dichiarazione medesima ha eliminato il diritto soggettivo del privato, almeno da un singolare e specifico punto di vista. Si può già anticipare che questa osservazione risulterà il fondamento per una critica alla teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, della quale si dirà al paragrafo seguente: tale teoria viene proposta in funzione di spiegazione dell'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario, nella normale ipotesi nella quale un atto amministrativo incida su di un diritto soggettivo del privato; spiegazione, che viene cercata in relazione all'effetto c.d. di degradazione di questo diritto, che da quell'atto deriverebbe. Per quanto si debba rimandare di qualche pagina un discorso più approfondito sull'argomento, fin da ora si può osservare che la spiegazione suddetta appare del tutto inadeguata rispetto alla conseguenza che si vuole giustificare: in tanto può risultare accettabile l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi in parola, in quanto si ammetta che l'eliminazione del diritto soggettivo del privato sia antecedente, e non susseguente, alla emanazione dell'atto amministrativo imperativo, o ritenuto tale.

Riprendendo il filo principale del ragionamento, si noterà ancora che, secondariamente, l'ambivalenza della condizione giuridica del bene in ordine al quale sia stata emanata una dichiarazione di pubblica utilità, si manifesta come insufficiente anche in una prospettiva strettamente interna alla linea ricostruttiva che si propone, la quale esige qualcosa di diverso, che si traduce poi in qualcosa di più: nel momento stesso nel quale si deve ammettere la duplicità oggettiva sopra accennata di quel bene, tale linea ricostruttiva nega non di meno che la coesistenza del diritto del privato e del potere dell'amministrazione su quel bene medesimo sia possibile. In altre parole, dal punto di vista del discorso che si cerca di svolgere, e come condizione necessaria della sua validità, vi è una conclusione alla quale si deve ritenere essenziale riuscire a pervenire: pur considerando incontrovertibile il rilievo che, contemporaneamente, il bene in parola è oggetto del

diritto di proprietà del privato, e del potere di esproprio dell'Amministrazione, questa coesistenza che si vorrebbe dire apprezzabile sotto il profilo temporale, non si può in alcun modo tradurre anche sul piano logico: appare obbligata, perciò, la conseguenza che quel bene stesso è oggetto del potere di esproprio, in quanto non si atteggi come oggetto del diritto di proprietà, e che esso è oggetto del diritto di proprietà, in quanto non si atteggi come oggetto del potere di esproprio.

L'ambivalenza della condizione giuridica del bene in ordine al quale sia stata emanata una dichiarazione di pubblica utilità, quindi, deve essere spinta fino al punto da giustificare questo fenomeno, e, per arrivare a questo risultato, non deve essere limitata solo alle qualificazioni di quel bene stesso: è indispensabile che essa sia spinta fino ad abbracciare le situazioni giuridiche soggettive in giuoco. Le proposizioni sopra enunciate, infatti, in tanto possono essere considerate accettabili, in quanto si pervenga ad ammettere che siano in vario modo configurabili i rapporti che intercorrono tra potere di esproprio dell'Amministrazione, diritto di proprietà del privato e bene che è contemporaneamente oggetto dell'uno e dell'altro. Si dovrebbe poter affermare, cioè, che quell'interesse del privato al bene, che in linea di principio è garantito dall'ordinamento con quei caratteri di assolutezza che sono propri della situazione giuridica qualificata come diritto soggettivo perfetto, sotto qualche aspetto si atteggi come una posizione di vantaggio avente diversa e minore consistenza, e differente e meno significativa tutela; correlativamente, si dovrebbe poter affermare che la disponibilità di quel medesimo bene, che è contenuto del potere dell'Amministrazione, se si manifesta piena in corrispondenza del profilo dal quale la posizione del singolo non si configura come un diritto soggettivo perfetto, venga meno al di fuori di tale ristretto settore, e quindi nei confronti di quel che allora si manifesta come un interesse individuale protetto in modo assoluto. Le variazioni di atteggiamento del diritto del privato e del potere dell'Amministrazione, sono tutt'al-

tro che indipendenti l'una dall'altra: esse, al contrario, in tutta evidenza si condizionano reciprocamente; le trasformazioni del loro manifestarsi sono correlative, e il fenomeno che si cerca di chiarire, ben può essere spiegato col riferimento ad un principio che può essere definito come quello della relatività delle situazioni giuridiche soggettive.

Il problema al cui esame è dedicato questo paragrafo, pare ora esattamente formulato, nel senso che adesso pare emergere con particolare chiarezza quella difficoltà, quel punto nodale, contro il quale sembra andare a urtare la linea di ragionamento che si propone; punto nodale che consiste nella ammissibilità, nella configurabilità stessa della relatività suddetta: è ormai chiaro che la validità di tutto quanto siamo venuti fin qui dicendo, della medesima impostazione dell'indagine alla quale è dedicato il presente lavoro, basata sulla diretta contrapposizione della situazione giuridica dell'Amministrazione alla situazione giuridica del privato, è direttamente condizionata alla accettabilità di una simile polivalenza delle posizioni soggettive.

Questa polivalenza, questa relatività, peraltro, è già stata autorevolmente affermata in dottrina, secondo una teoria che è generalmente nota, anche se più recenti tesi se ne discostano, quasi sempre senza motivazione e tacitamente, per arrivare ugualmente a giustificare la giurisprudenza sopra citata, però attraverso strade inaccettabili; è già stato sostenuto, cioè, che « .... uno stesso e identico rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, a seconda dei casi e dei momenti... ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto solo di riflesso »<sup>(102)</sup>.

<sup>(102)</sup> Così MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 61, e, da ultimo, in *Introduzione al tema*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., pag. 20; dello stesso autore, è molto importante anche *Questioni vecchie e nuove*, etc., cit., in *Foro amm.*, 1940, IV, specialmente 53 e ss.

Nella dottrina precedente, v. la lucida intuizione di VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale*, etc., cit., pagg. 422 e ss. (e, pagg. 436 e ss., in genere, sul diritto affievolito); TOSATO, *Interesse materiale*, etc., cit., pagg. 25 e ss., e l'esempio a pag. 91.

Cfr. ancora AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subbiettivo affie-*

Questa possibilità è stata formulata in relazione a nozioni che non appaiono perfettamente in chiave con la linea di ragionamento che qui si segue; ma l'essenziale di tale dottrina può essere recuperato, riferendolo alla proposta contrapposizione del diritto soggettivo del privato al potere dell'Amministrazione, e si ottengono così quelle proposizioni che si sono sopra enunciate, circa le variazioni correlative dell'atteggiarsi delle posizioni del privato e dell'Amministrazione, nei loro reciproci rapporti e condizionamenti; e quindi le proposizioni parimenti sopra enunciate, circa l'alternatività dell'atteggiarsi di un medesimo bene, come oggetto del diritto di proprietà del privato, e come oggetto del potere di esproprio dell'Amministrazione<sup>(103)</sup>.

*volito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, pagg. 195 e ss., specialmente pag. 214; ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale*, etc., cit., in *Arch. giur.*, 1943, specialmente pagg. 156 e ss.; GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 58.

La linea di ragionamento che si viene proponendo tocca i temi del c.d. affievolimento del diritto, e del c.d. diritto affievolito; quanto al primo, si dirà meglio nel paragrafo che segue; quanto al secondo, oltre a quel che si accennerà tra poche pagine, le conclusioni sostenute nel testo sembra che valgano di per sé, senza l'appesantimento di più puntuali analisi, come presa di posizione nei confronti di una ricca letteratura e di una notevole varietà di opinioni, per le quali v., oltre gli autori e le opere ora citate, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pagg. 295 e ss.; GUICCIARDI, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, I (1936), pag. 151 e ss., e 205 e ss.; CANNADA BARTOLI, soprattutto *La tutela giudiziaria*, cit., *passim*, e la voce *Affievolimento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano 1958, pag. 670; DE GENNARO, *Diritti affievoliti e interessi legittimi*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano 1955, vol. I, pagg. 57 e ss.; CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, specialmente pag. 634 e pagg. 646 e ss.; POTOTSCHNIC, *Atti amministrativi e « affievolimento » di diritti soggettivi*, in *Ius*, 1953, pagg. 220 e ss.; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pagg. 269 e ss.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pagg. 134 e ss.; DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 72 e ss.; SOPRANO, *Affievolimento e diritto affievolito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, II, 497 e ss. Per il pensiero di RANELLETTI, cfr. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di O. Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pagg. 267 e ss., con analitiche citazioni alle quali si rinvia.

<sup>(103)</sup> Si ricorda ancora che se il ragionamento è ora sviluppato nel testo in relazione al diritto di proprietà, esso è ciò nondimeno suscettibile di generalizzazioni in ordine ai vari interessi individuali che anche solo per qualche aspetto l'ordinamento



La relatività delle situazioni giuridiche è un aspetto della teoria delle posizioni del soggetto, che è profondamente connesso con le soluzioni che si danno ai principali problemi che si incontrano nella delicata materia, e con la stessa impostazione di fondo che si adotta nella considerazione di questa; un riesame completo delle sue basi, perciò, involgerebbe difficoltà di grande rilievo, tali comunque da impedire qui un apprezzabile proseguimento dell'indagine in quella direzione, se non a prezzo della forzatura della economia del presente lavoro, ad un troppo diverso argomento principalmente dedicato. In questa sede, quindi, ci si limiterà a far esplicito riferimento alla dottrina che si è sopra ricordata, ad affermare la sua accettabilità per ragioni che sarebbe un fuor d'opera qui approfondire, e a richiamare la sua autorità, come sostegno per la validità della linea di ragionamento che si propone. Ad ogni modo, si osserverà che l'adesione alla tesi della relatività delle situazioni giuridiche soggettive, può trovare il suo immediato, anche se non definitivo fondamento, in considerazioni che scaturiscono da sole dal discorso che si viene svolgendo: non si vede come essa possa venire negata, se si tiene conto che tali situazioni giuridiche soggettive, la loro esistenza, la loro estensione, non sono qualcosa che possa essere definito solo in sé e per sé, ossia prescindendo dalla valutazione delle altre situazioni giuridiche soggettive con le quali si trovano in relazione, e dalle quali, quindi, sono delimitate e condizionate: al contrario, le situazioni del soggetto, la loro esistenza, la loro estensione, possono essere definite solo in diretta funzione delle situazioni che sono ad esse contrapposte, o quanto meno correlate, il

tuteli come diritti soggettivi: cfr. l'esemplificazione nel capitolo I, paragrafo 9, soprattutto pagg. 104 e ss.; e ancora, *supra*, nota 95.

Di più: il medesimo ragionamento potrebbe valere anche per i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce: il punto richiederebbe un discorso approfondito, che si preferisce svolgere in altra sede; ci limitiamo qui a ricordare le considerazioni di CANNADA BARTOLI, *La libertà personale tra diritti e interessi*, in *Foro amm.*, 1969, II, 153, con le indicazioni del pensiero di AMATO e di BARILE.

che significa in diretta funzione della norma oggettiva che non solo le fonda e le tutela, ma che anche le modella e ne fissa i contorni (104). È proprio fissando i contorni delle singole situazioni, che la norma stabilisce entro quali limiti la pertinenza di un bene ad un soggetto è garantita dall'ordinamento in modo assoluto, e cioè come contenuto di un diritto soggettivo, e cioè escludendo ogni potere altrui al riguardo, ed entro quali limiti, viceversa, tale pertinenza sia rimessa nella disponibilità di un altro soggetto, e quindi entro i confini di un potere a questo attribuito, e quindi oltre i confini del diritto soggettivo del titolare del bene stesso (105).

Queste, le ragioni per le quali, pur ammettendo che, nello stesso tempo, un medesimo bene possa essere oggetto del diritto di proprietà del privato e del potere di esproprio dell'Amministrazione, pare ammissibile che questa duplicità di condizione giuridica di quel bene si traduca in una alternativa di atteggiamento delle situazioni giuridiche in giuoco, alternativa che è volta a volta esclusiva della diversa configurazione del rapporto. Questa impostazione presenta alcune importanti implicazioni; anzitutto, si può osservare che da essa deriva questa rilevante conseguenza: l'incidenza di un atto amministrativo su di una posizione del privato che, astrattamente, e comunque sotto un certo profilo considerata, ha carattere di diritto soggettivo, non può essere *sic et simpliciter* qualificata in dipendenza di tale carattere, e cioè come lesiva, o soppressiva di quel diritto, prescindendo da ogni più penetrante analisi del modo di atteggiarsi di tale situazione, nei confronti di quel potere del quale quell'atto costituisce esercizio: questo rilievo fornisce la base della divergenza della linea di ragionamento che si viene proponendo, da quelle costruzioni, secondo le quali l'atto che è esercizio, sia pure illegittimo, di un potere attribuito all'Amministrazione, il quale incide su una posizione del privato genericamente definibile come di diritto sog-

(104) Cfr. DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 56 e ss. e 65 e ss.

(105) Cfr. DELFINO, *op. ult. cit.*, pagg. 72 e ss.

gettivo, violerebbe quel diritto stesso <sup>(106)</sup>, senza peraltro sottrarre al giudice ordinario la cognizione sui suoi effetti <sup>(107)</sup>; ma tale linea di ragionamento diverge non meno sensibilmente anche dagli orientamenti secondo i quali, in base alla teoria della c.d. imperatività del provvedimento amministrativo, quell'atto illegittimo inciderebbe sul diritto soggettivo, elidendolo, e in tal modo giustificando la sottrazione della vicenda alla giurisdizione del giudice ordinario: al riguardo, si deve di nuovo rinviare al paragrafo che segue.

Secondariamente, si può notare che non solo il diritto di proprietà del privato si manifesta in tutta la sua pienezza fino alla dichiarazione di pubblica utilità; esso rimane in vita con la medesima consistenza, anche successivamente alla emanazione di tale provvedimento, in ordine ad ogni atto e comportamento, anche dell'Amministrazione medesima, che non possa essere considerato esercizio del potere di esproprio <sup>(108)</sup>; qui il discorso interferisce con quanto osservato nel paragrafo che precede, nei con-

<sup>(106)</sup> Cfr. la tesi sostenuta da CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pag. 137 e ss.; cfr. anche, *ivi*, la ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi successivamente all'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (specialmente pag. 94 e ss.) e la sua critica, dal punto di vista della tesi suddetta (pag. 129 e ss.); al riguardo, v., *supra*, la nota 102 a pag. 101.

Cfr. anche CANNADA BARTOLI, *In tema di competenza giudiziaria e di nessi fra diritti soggettivi e interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, 374 e ss.; KLITSCHÉ DE LA GRANCE, *La giurisdizione ordinaria*, cit., pag. 118 e ss. In senso contrario alla tesi di CANNADA BARTOLI, v. DELFINO, *op. ult. cit.*, pagg. 25 e ss., oltre, s'intende, i sostenitori della teoria della c.d. degradazione del diritto soggettivo, di cui si dirà nel paragrafo che segue.

<sup>(107)</sup> Tutto il ragionamento che si svolge in queste pagine, è assai vicino a quanto sostenuto dal CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 633 e ss., 637 e ss.: la relatività delle situazioni giuridiche soggettive pare presupposta nell'analisi *ivi* svolta, anche se ad essa non è stato dato, peraltro, uno specifico risalto.

Cfr. anche il più recente di CANNADA BARTOLI, la voce *Interesse*, cit., specialmente pag. 15.

<sup>(108)</sup> Cfr. il rilievo di DELFINO, *op. ult. cit.*, pag. 81, che analogamente osserva che il diritto sottoposto ad affievolimento si atteggia pur sempre come un diritto soggettivo non solo nei confronti dei terzi, ma anche nei confronti dell'Amministrazione in quanto non titolare del potere la cui attribuzione è causa dell'affievolimento stesso.

fronti del mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario, su quegli atti dell'Amministrazione i quali, pur avendo per oggetto un bene riguardo al quale sia intervenuta una dichiarazione di pubblica utilità, ciò non di meno vadano oltre i limiti di esistenza del potere di esproprio: le argomentazioni ora e allora svolte sul tema, paiono sostenersi a vicenda.

Si può adesso ricostruire, dal punto di vista del privato, l'effetto scaturente dalla dichiarazione di pubblica utilità: se il potere di esproprio attribuito all'Amministrazione, ha per oggetto beni in ordine ai quali sia intervenuta una dichiarazione di pubblica utilità, ciò significa corrispondentemente che tale dichiarazione rende quei beni impossibile oggetto del diritto di proprietà individuale, s'intende in relazione al potere di esproprio; quella dichiarazione, dunque, sempre sotto questo profilo, estingue quel diritto, e fa uscire il bene dalla sfera giuridica del privato. In questo modo, e solo in questo modo, come si dirà tra poco, si può comprendere e giustificare quell'atteggiamento giurisprudenziale sopra richiamato, che esclude la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi descritta: ogni contestazione che non riguardi il superamento da parte dell'atto di esproprio, dell'oggetto del corrispondente potere, e quindi l'incidenza sulla posizione del privato, sotto un profilo secondo il quale questa mantenga ancora la consistenza di diritto soggettivo, non può che avere un ambito ben limitato e circoscritto: ossia, non può che appuntarsi su illegittimità di esercizio del potere stesso, in ordine a posizioni, interessi, beni, che sono già acquisiti al contenuto di quest'ultimo, e quindi al contenuto della sfera giuridica dell'Amministrazione, e perciò sottratti al diritto e alla sfera giuridica del privato; è inevitabilmente conseguenziale la corrispondente esclusione della giurisdizione di quel giudice, la cui funzione istituzionale è di garanzia dei confini esterni delle sfere giuridiche soggettive <sup>(109)</sup>.

<sup>(109)</sup> Per questi motivi, non pare fondata l'affermazione del Consiglio di Stato (Sez. IV, 27 ottobre 1965, n. 648, *Foro it.*, Rep., 1965, voce *Espropriazione per pub-*

In questo modo si può mantenere ferma quella affermazione che costituisce passaggio tanto essenziale del presente lavoro: che potere dell'Amministrazione e diritto soggettivo del privato, anche nell'ipotesi nella quale essi sembrano entrare in diretto conflitto, anche nell'ipotesi nella quale il contenuto del primo è costituito dalla disponibilità del secondo, in realtà non coesistono nei confronti di una medesima area, di un medesimo bene; in quella medesima ipotesi, apparentemente, vi è eliminazione di un diritto soggettivo del privato, mediante l'esercizio di un potere dell'Amministrazione: ma, a ben guardare, l'esercizio di questo potere non incide mai su di un diritto soggettivo del privato in senso proprio, o quanto meno su di una situazione giuridica del privato, che nei confronti di quel potere medesimo si atteggi come un diritto soggettivo in senso proprio.

Ci si deve dare carico, peraltro, di una obiezione che potrebbe essere rivolta alla costruzione sopra proposta: non si può ignorare che potrebbe essere osservato, cioè, che essa non eliminerebbe effettivamente il fenomeno della coesistenza in ordine ad uno stesso bene, di un potere dell'Amministrazione e di un diritto soggettivo del privato; che essa non eliminerebbe effettivamente il fenomeno della incidenza diretta di un atto che deve essere considerato esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione, su di un diritto soggettivo del privato, che anche nei confronti di esso si manifesti come tale. La costruzione stessa cambierebbe solo, rispetto alla comune opinione, l'individuazione di tale atto, e al provvedimento di esproprio sostituirebbe la dichiarazione di pubblica utilità: questa, appunto, cambierebbe il di-

*blico interesse*, n. 82), secondo la quale ricade nella giurisdizione del giudice amministrativo, e non in quella del giudice ordinario, il sindacato su di un decreto di espropriazione che abbia esorbitato rispetto all'area che in un piano particolareggiato sia stata indicata come espropriabile; cfr., infatti, Cass., 12 dicembre 1967, n. 2925, *Foro it.*, 1968, I, 670, con nota di C.M.B.

Più delicato è il caso nel quale la dichiarazione di pubblica utilità per una intera categoria di opere pubbliche sia contenuta già nella legge: cfr. Cass., 5 febbraio 1969, n. 362, *Foro it.*, 1969, I, 877, e, *ivi*, la nota di F. SATTA.

ritto del proprietario, in un interesse al legittimo esercizio del potere di esproprio, e comunque in una posizione collocata entro i limiti di questo potere; essa, perciò, inciderebbe su di un diritto soggettivo del privato, e il potere di cui costituisce esercizio, insisterebbe su di un bene che al tempo stesso è oggetto del diritto e contenuto della sfera giuridica di questo soggetto; il problema in esame sarebbe così solo spostato, ma non certo risolto. A questa eventuale obiezione, sembrerebbe di poter replicare quanto segue: il principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive presenta una gamma di manifestazioni e di sfaccettature ben più varia di quella che può apparire nel ristretto ambito del rapporto tra il potere di esproprio e il diritto di proprietà; tale principio, tra l'altro, giuoca nel senso che la situazione giuridica individuale può atteggiarsi variamente anche in relazione al potere dell'Amministrazione di emanare la dichiarazione di pubblica utilità.

Più precisamente, si deve cominciare con l'ammettere che il bene, che è oggetto del diritto di proprietà, è effettivamente nello stesso senso anche oggetto del potere dell'Amministrazione, di emanare la dichiarazione di pubblica utilità. Ma questa duplicità oggettiva del bene, pare del tutto identica a quella che si è sopra individuata, nel rapporto tra potere di esproprio e diritto di proprietà, così come esso è instaurato dalla dichiarazione di pubblica utilità: ciò permette di ritenere possibile di richiamare qui quei motivi sopra accennati, per i quali in tale rapporto è parso di poter escludere che vi sia coesistenza in senso proprio in ordine ad un medesimo bene, di ambedue quelle situazioni giuridiche soggettive, e incidenza diretta di un atto amministrativo su di un diritto soggettivo del privato, che nei suoi confronti si atteggi come tale; per quei medesimi motivi pare ora di poter escludere che tale coesistenza e tale coincidenza siano individuabili, nella situazione anteriore alla dichiarazione di pubblica utilità, nel rapporto tra il potere di emanare questa dichiarazione stessa, e il diritto di proprietà.

Sembra che tutte le considerazioni che si sono sopra svolte, a proposito della fase susseguente alla dichiarazione di pubblica utilità, circa la duplicità e la relatività dell'atteggiarsi del bene oggetto sia del potere di esproprio come del diritto di proprietà, circa la duplicità e la relatività dell'atteggiarsi di queste due situazioni giuridiche stesse, presentino una applicabilità che trascenda questa prospettiva: esse paiono integralmente valide, nella fase antecedente a quella dichiarazione, in ordine alla duplicità e alla relatività dell'atteggiarsi del bene oggetto sia del potere di emanare la dichiarazione di pubblica utilità come del diritto di proprietà, in ordine alla duplicità e alla relatività di queste due situazioni giuridiche stesse. Più precisamente, si deve osservare che quel diritto di proprietà, che prima della dichiarazione di pubblica utilità si atteggia come pieno e assoluto anche nei confronti del potere di esproprio, non si atteggia fin dall'inizio allo stesso modo, nei confronti del diverso potere di emanare la dichiarazione suddetta: poiché, ovviamente entro certi limiti, l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione questo potere, entro quei medesimi limiti l'ordinamento non garantisce il proprietario di un bene in modo assoluto, contro la possibilità che il bene stesso, mediante la dichiarazione di pubblica utilità, venga trasformato in un possibile oggetto del potere di esproprio; il proprietario, nei confronti del potere di dichiarazione di pubblica utilità, sempre entro i limiti suddetti, ha solo una posizione che è compresa all'interno di quest'ultimo, con tutte le conseguenze che da questa collocazione della posizione individuale si sono sopra tratte.

All'obiezione che con la costruzione prima proposta il problema è stato solo spostato dal potere e dall'atto di esproprio, al potere e alla dichiarazione di pubblica utilità, si può così rispondere riportando al secondo caso il ragionamento proposto per il primo. Questa soluzione potrebbe dare l'impressione che il giuoco del trasferimento della coesistenza del potere dell'Amministrazione e del diritto del privato su di un medesimo bene, dello spo-

stamento della incidenza dell'esercizio dell'uno sul secondo, potesse durare all'infinito; potrebbe sembrare, in tal modo, che la difficoltà di evitare quella coesistenza e quella incidenza, potesse essere, più che superata, elusa con una specie di non interrotta fuga in avanti. Ma così non è: è facile osservare, infatti, che l'esercizio del potere di dichiarazione di pubblica utilità, è la prima fase della vicenda del trasferimento di un bene dal soggetto privato all'Amministrazione. In altre parole, tra tale potere e quello di esproprio vi è una grossa differenza: il particolare atteggiarsi del rapporto tra il diritto di proprietà e il potere di esproprio, l'essere il bene, cioè, oggetto del secondo, e quindi non più oggetto del primo, sia pure in tale ristretto ambito, è effetto che consegue ad un atto dell'Amministrazione: la dichiarazione di pubblica utilità; al contrario, il particolare atteggiarsi del rapporto tra il diritto di proprietà e il potere di dichiarare la pubblica utilità, deriva direttamente dalla legge: è questa stessa, perciò, che fa nascere reciprocamente limitate tali due contrapposte situazioni soggettive<sup>(110)</sup>. Anche per questa strada, poi, si può ritornare a considerazioni già più volte accennate, e dal modo di essere di queste situazioni si può risalire alla capacità giuridica, alla soggettività, e quindi alla personalità che è riconosciuta dall'ordinamento e nell'ordinamento generale, al soggetto pubblico e a quello privato del rapporto amministrativo<sup>(111)</sup>.

(110) Diverso discorso, ovviamente, si deve fare nell'ipotesi nella quale sia la legge a prevedere la pubblica utilità di interesse categorie di opere: qui è questa legge che dispone la coesistenza originaria del potere di espropriazione col diritto di proprietà, s'intende nel significato che questa frase acquista secondo la linea di ragionamento che si cerca di proporre; è questa legge medesima, allora, che, come infinite altre, sulla base dell'art. 42, secondo comma della Costituzione, contribuisce a definire il contenuto del diritto genericamente enunciato dall'art. 832 del codice civile.

(111) Oltre all'ipotesi alla quale si è accennato nella nota che precede, sono numerosissimi i casi nei quali l'ordinamento prevede la coesistenza originaria col diritto di proprietà, di poteri imperativi dell'amministrazione. Oltre agli esempi che più immediatamente vengono alla mente, a cominciare dalla materia delle requisizioni, v. Sez. IV, 7 luglio 1965, n. 522, *Foro it.*, 1966, III, 35, che ha deciso nel merito il ricorso proposto contro il provvedimento di imposizione del vincolo storico e artistico su di un immobile costruito da meno di cinquant'anni, affermando così implicitamente che questo limite temporale attiene all'esercizio e non all'esistenza del potere dell'ammi-

Col ricorso al principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive, dunque, si può fugare in un modo che logicamente pare valido, l'apparenza che potere dell'Amministrazione e diritto soggettivo del privato coesistano in ordine ad un medesimo bene; ma anche su un piano più ampio di quello considerato dalle pagine che precedono, d'altronde, il principio suddetto sembra chiarire il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; e lo chiarisce, semplificando i dati del problema stesso, sotto un diverso aspetto: quello attinente a quelle situazioni giuridiche soggettive che sono state configurate in dottrina, con caratteri intermedi, per così dire, tra quelli del diritto soggettivo pieno e quelli dell'interesse legittimo: in primo luogo, il c.d. diritto affievolito<sup>(112)</sup>. Secondo la costruzione del MIELE che si accoglie, non meno che secondo la impostazione generale che si

nistrazione (l'opposta soluzione è adombrata da A. ROMANO, *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione*, etc., cit., in *Foro amm.*, 1956, I, 2, 348.

Viceversa, Cass., 15 ottobre 1963, n. 2768, in *Foro it.*, 1963, I, 2076 ha negato l'esistenza del potere di imposizione di una servitù di elettrodotto sulle aree esenti secondo l'art. 121, lett. b del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775; ma la sentenza può essere qui ricordata, a puro titolo esemplificativo, perché è nel quadro di un ragionamento analogo a quello proposto nel testo, che è stata raggiunta la soluzione, che di per sé rimane opinabile: cfr., *infra*, i paragrafi 18 e 19.

Ma il caso di coesistenza di potere dell'Amministrazione e diritto del privato che in questi anni ha richiamato forse maggiormente l'attenzione è quello che si ha a proposito delle cave: almeno secondo la ricostruzione accolta dalla Corte Costituzionale (sentenza 9 marzo 1967, n. 20, in *Giur. cost.*, 1967, 139, con nota di BALDASSARRE, *Sulla natura giuridica della sottrazione delle cave alla disponibilità dei privati*; ma v. anche, nello stesso senso, Sez. VI, 6 giugno 1967, n. 369, in *Foro amm.*, 1967, I, 2, 897; in letteratura, cfr. CUGURRA, *Contributo allo studio delle c.d. espropriazioni anomale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pagg. 627 e ss.; ABBATE, *La costituzionalità dell'art. 45 della legge mineraria*, in *Studi in memoria di Esposito*, vol. II, Padova 1972, pagg. 801 e ss., specialmente pag. 815; e, più esclusivamente sotto il profilo della costituzionalità della mancanza di indennizzo, MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.*, 1970, III, specialmente pagg. 319 e ss.; LANDI, *L'indennizzabilità dei vincoli di interesse pubblico della proprietà privata*, *ibid.*, specialmente pagg. 482 e ss.).

Del problema urbanistico, d'altra parte, per la sua complessità, sia lecito rinviare ad altra sede ogni accenno.

<sup>(112)</sup> Oltre alla letteratura citata nella precedente nota 102, cfr. GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 278 e ss.

viene proponendo, infatti, risulta evidente che condizione necessaria e sufficiente perché venga esclusa la giurisdizione del giudice ordinario, è che la posizione della quale si discute costituisca oggetto di un potere dell'Amministrazione, e per questo solo fatto sia sottratta alla sfera giuridica del privato; sotto questo aspetto, dunque, deve essere negata la giurisdizione di quel giudice, e allo stesso modo e per gli stessi motivi, tanto nei confronti di posizioni di puro interesse legittimo, ossia che si svolgono interamente entro l'ambito di un potere dell'Amministrazione, quanto nei confronti di quelle posizioni che si atteggianno allo stesso modo nel rapporto con un medesimo potere, ma che per il resto hanno, o conservano, consistenza di diritto soggettivo: questa diversa consistenza di situazioni giuridiche di tale secondo tipo, il fatto che esse siano tutelate dall'ordinamento in modo esclusivo, in quanto rilevano da un punto di vista diverso da quello che costituisce l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale, non svolge nessun ruolo nella determinazione del giudice giurisdizionalmente competente.

Con questa osservazione, naturalmente, non si intende affatto sminuire il valore che figure dogmatiche come il diritto affievolito, e simili, possono presentare sotto diversi profili: anzitutto, la loro definizione pare avere una grande importanza, sul piano delle classificazioni concettuali; d'altro canto, la loro individuazione sembra poter essere tutt'altro che priva di effetti concreti sul terreno del diritto sostanziale, se è stato affermato che l'eliminazione da parte dell'Amministrazione di un diritto affievolito del privato, a differenza di quella di un mero interesse legittimo, comporterebbe comunque un obbligo di indennizzo<sup>(113)</sup>.

<sup>(113)</sup> In senso contrario, cfr. MIELE, *Questioni vecchie e nuove*, etc., cit., col. 55 e ss.; v. anche, *ivi*, le indicazioni della dottrina favorevole all'indennizzo, tra le quali un riferimento alla opinione di SANTI ROMANO; cfr. anche AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subbietivo affievolito*, cit., pag. 217.

La questione, naturalmente, va adesso impostata su basi nuove, in relazione ai recenti orientamenti a favore della risarcibilità degli stessi interessi legittimi: cfr. gli *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patri-*

Le conclusioni alle quali è parso di poter giungere nel presente paragrafo, sembrano troppo essenziale passaggio della tesi che si cerca di sostenere, perché esigenze di sinteticità del discorso facciano rinunciare ad una loro puntualizzazione riassuntiva. Si noterà, allora, che l'analisi della particolare ipotesi nella quale un potere dell'Amministrazione si trovi ad essere direttamente contrapposto ad un diritto soggettivo del privato, porta all'acquisizione di un preciso risultato: alla conferma della possibilità che le norme c.d. di relazione determinino quelli che sono solo i confini esterni tra situazioni soggettive, tra sfere giuridiche contrapposte; situazioni soggettive, sfere giuridiche, che così hanno solo punti esterni di contatto, ma che non insistono in ordine a medesimi interessi o beni. È vero che apparentemente, nell'ipotesi che si è esaminata, il bene che è oggetto del potere dell'Amministrazione è anche contemporaneamente oggetto del diritto del privato, e che l'atto amministrativo che è esercizio dell'uno incide direttamente sull'altro; ma queste formule descrivono il fenomeno solo in prima approssimazione: ad una osservazione solo un poco più attenta, che venga condotta sulla base del principio della relatività delle situazioni giuridiche soggettive, le linee ricostruttive paiono disporsi secondo un diverso disegno: il bene che è oggetto del potere dell'Amministrazione risulta essere anche oggetto di una posizione di vantaggio del privato, la quale solo per certi aspetti si atteggia come un diritto soggettivo perfetto; precisamente sotto tutti gli aspetti dai quali acquista rilevanza, meno quello compreso nella sua correlazione col potere suddetto. Di conseguenza, l'Amministrazione, nell'esercizio del suo potere, po-

---

moniale derivante da lesione di interesse legittimo, cit., *passim*, ma specialmente MIELE, *Introduzione al tema*; v., infatti, *ivi*, a pag. 21 la tendenza alla parificazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, sotto il profilo che qui rileva.

Il problema ha acquistato ulteriori, nuove e più ampie prospettive, in seguito alla recente presa di posizione del MIELE (*La giustizia amministrativa*, cit., pagg. 8, 9), a favore di una interpretazione dell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nel senso di ritenere ammissibile il risarcimento di ogni sacrificio di diritti soggettivi, anche derivante da un atto amministrativo legittimo.

ne in essere un atto col quale solo con espressione generica si può dire che disponga di quel diritto<sup>(114)</sup>: in realtà, con esso dispone di una posizione di vantaggio con caratteri di diritto soggettivo, ma considerandola sotto un profilo dal quale non si manifesta come tale; l'atto amministrativo relativo, perciò, non solo costituisce esplicazione del potere dell'Amministrazione, che non va oltre i limiti di esistenza di questo<sup>(115)</sup>: tale atto, si dovrebbe aggiungere proprio per questo motivo, non incide sul diritto soggettivo del privato, da un punto di vista dal quale l'ordinamento garantisce in modo assoluto l'interesse individuale; il che vale quanto dire che non incide su di una posizione che è, in senso proprio, di diritto soggettivo<sup>(116)</sup>.

Mediante le precisazioni che si sono così sintetizzate, sembra che si possa ritenere superato quel che si è detto essere il punto nodale del ragionamento che si viene proponendo, e pare che dal superamento delle difficoltà connesse con questo, debba riuscire rafforzata la validità della costruzione generale che si cerca di delineare. In particolare, si crede che ora acquisti un nuovo significato, l'affermazione che si ritiene di poter adesso ribadire, e che costituisce il *leit-motiv* di tutto il presente lavoro: ossia, che il limite della giurisdizione del giudice ordinario coincide con quella linea di confine che è sempre nettamente tracciabile, tra potere e sfera giuridica dell'Amministrazione, e diritto e sfera giuridica del privato; più esattamente, che il contenuto di quella giurisdizione

---

(114) Cfr. DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 95, 96.

(115) È nota la diversa costruzione del GUICCIARDI, il quale, pur accettando la c.d. relatività delle situazioni giuridiche soggettive, del diritto soggettivo e dell'interesse (v. *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 39), sostiene la configurabilità dell'illiceità dell'atto amministrativo illegittimo: esplicitamente, del decreto di esproprio viziato per incompetenza (relativa) (*ibid.*, pag. 29).

(116) Cfr. le considerazioni di GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pagg. 32, 33, secondo una linea di ragionamento per certi aspetti assai simile a quanto sostenuto nel testo, anche se da essa tale autore non trae le conseguenze alle quali è parso di poter pervenire: cfr., infatti, l'esposizione della teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, e le considerazioni critiche su questa, che saranno accennate nel paragrafo seguente.

zione deve essere definito in relazione alla funzione di garanzia del rispetto di quella linea di confine medesima.

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 alla 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. — Queste, le conclusioni che preme qui trarre, dall'analisi della particolare ipotesi, nella quale, per dirla con una espressione la cui improprietà si vorrebbe considerare ormai acquisita, un atto amministrativo incida direttamente su di un diritto soggettivo del privato. Malgrado che si sia già precisato il risultato, che pare di essenziale importanza aver in tal modo raggiunto, malgrado che si siano già anche indicate le ragioni che paiono renderlo attendibile, pure non si può considerare esaurita l'indagine sull'argomento. Finora, infatti, si è tentato di proporre una certa ricostruzione, basandola su una serie di argomentazioni, che si è cercato di rendere più ininterrotta e concatenata possibile. Ma anche se la linea di ragionamento che si è sviluppata, in sé valutata, potesse considerarsi riuscita in qualche misura persuasiva, in ordine ad essa non potrebbero non sorgere ulteriori motivi di dubbio da un diverso angolo visuale: quello del suo inevitabile confronto con altre opinioni sostenute in dottrina sul medesimo tema. Rileva a questo proposito soprattutto un ben noto orientamento, che è stato autorevolmente e vivacemente sostenuto in questi ultimi anni: quello basato sui diffusi concetti di impe-

ratività dell'atto amministrativo, di degradazione e di affievolimento del diritto soggettivo, e così via (<sup>116-bis</sup>); su nozioni e argomentazioni profondamente divergenti, quindi, dalle vie per le quali si è condotto il nostro discorso. La differenza di impostazione è netta: è appena il caso di sottolineare, infatti, che questa diversa linea ricostruttiva contraddice l'affermazione che sopra si è cercato di dimostrare: ossia, che un atto amministrativo che non violi norme di esistenza del potere attribuito all'Amministrazione, che costituisca esercizio, quindi, sia pure illegittimo, di quel potere medesimo, non può ledere una posizione del privato, la quale, in senso tecnico, e nei suoi confronti, possa dirsi di diritto soggettivo perfetto. Ciò equivale a dire che in tal modo, e a partire dalla impostazione sopra richiamata, viene rimesso in discussione proprio quello che è stato considerato un passaggio essenziale del ragionamento qui proposto.

Non solo i punti, ma anche le stesse ragioni del dissenso di questo, dalla diversa tesi che si è indicata, paiono già risultare con una certa chiarezza, dalle medesime considerazioni che si sono svolte, a sostegno della ricostruzione sopra delineata. Ma tutto questo, invero, solo implicitamente; e se si tiene conto della entità delle divergenze riscontrate, dell'ampiezza dello sviluppo del diverso orientamento richiamato, della rilevanza che esso ha assunto nella letteratura più recente (<sup>117</sup>), ciò pare insufficiente:

(<sup>116-bis</sup>) Per questo orientamento, cfr., naturalmente, GIANNINI, in numerosi scritti già citati, e soprattutto la voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, e il *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *passim*; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., *passim*, ma specialmente vol. II, pagg. 225 e ss., 39 e ss., 378 e ss.; GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., parimenti in *Enciclopedia del diritto*.

Cfr. anche MONTESANO, *Processo civile e pubblica Amministrazione*, cit., *passim*, su cui v. la recensione di CANNADA BARTOLI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, pagg. 124 e ss., nonché i rilievi critici di GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pagg. 20 e ss., 28 e ss., nei limiti nei quali le tesi sostenute divergono dalla teoria della c.d. imperatività, nelle formulazioni che di essa ha dato quest'ultimo autore.

(<sup>117</sup>) Per gli echi, prevalentemente critici, che l'orientamento in parola ha avuto nella letteratura di questi ultimi anni, cfr. SANDULLI, negli scritti già ricordati (tra l'altro, in *Precisazioni in tema di mancanza di potere*, etc., cit., in *Foro amm.*, 1964,

pare al contrario necessaria una analisi più puntuale, un discorso non solo sottinteso.

La ricostruzione alternativa che deve essere perciò esaminata pare svilupparsi soprattutto attraverso due passaggi fondamentali: l'imperatività dell'atto amministrativo, e la varietà della rilevanza che astrattamente potrebbe avere, sotto il profilo della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, la distinzione dell'ipotesi nella quale l'atto amministrativo sia invalido, rispetto a quella nella quale l'atto amministrativo sia valido <sup>(118)</sup>.

L'imperatività costituirebbe un carattere dell'atto amministrativo, per il quale esso acquista « ...efficacia, anche se *ictu oculi* invalido... » <sup>(119)</sup>; l'imperatività medesima, poi, si articolerebbe in tre diversi aspetti, quello dei quali che qui importa maggiormente, è la degradazione dei diritti soggettivi che provoca <sup>(120)</sup>; questo effetto è definito nel senso « ...che l'emanazione del provvedimento amministrativo è fatto giuridico estintivo di diritti, ed

II, pagg. 201 e ss., e in *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, etc., cit., pag. 45); CANNADA BARTOLI, ugualmente negli scritti già citati (in particolare, in *La tutela giurisdizionale*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 73 e ss.; *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, pagg. 22 e ss.; *Spunti esegutici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Foro amm.*, 1963, II, pagg. 73, 74; e da ultimo, nella voce *Interesse*, cit., specialmente pagg. 14 e ss.); OTTAVIANO, in uno scritto breve ma molto importante: *Poteri dell'Amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Milano 1965, vol. II, pagg. 461 e ss.; CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pagg. 643 e ss.; KLITSCHÉ DE LA GRANCE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pag. 71, pagg. 131 e ss., e 136 e ss.; DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., *passim*; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, specialmente pagg. 572 e ss.; SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica Amministrazione*, Milano 1965, specialmente pagg. 109 e ss., e 122 e ss.; ANGELETTI, *Tutela del possesso*, etc., cit., specialmente pagg. 111 e ss., e 141 e ss., nonché *Degradazione del diritto e tutela giurisdizionale*, Torino s.a. ma 1971, *passim*.

<sup>(118)</sup> GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 17.

<sup>(119)</sup> GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, pagg. 187, 188; cfr anche PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., vol. II, pag. 384 e ss.

<sup>(120)</sup> Che la degradazione costituisca solo uno degli aspetti della imperatività dell'atto amministrativo, è affermato con particolare recisione dal PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., vol. II, pag. 388.

eventualmente costitutivo di interesse protetto » <sup>(121)</sup>. Ebbene, sarebbe l'imperatività, dalla quale quel provvedimento sarebbe assistito, che costituirebbe il fondamento di un simile effetto.

Fermiamoci un momento sulla prima parte delle ipotesi profilate: quella nella quale l'atto amministrativo sia valido. Che un simile atto, s'intende a causa del suo contenuto che è dispositivo del diritto contrapposto, non lasci residuare per il titolare di questo nessuna posizione avente tale consistenza, è indubbio: è indubbio secondo la giurisprudenza pacifica, secondo l'orientamento in esame, secondo quello qui proposto, e del resto, è ovvio, secondo ogni altro proponibile. Eppure, malgrado questa concordia di opinioni, le divergenze che si sono accennate cominciano ad emergere già nell'ipotesi la cui valutazione è indiscutibile; cominciano ad emergere già nella stessa formulazione della descrizione dell'evento che si è ora riportata: nella misura nella quale essa faccia derivare l'eliminazione del diritto dall'emanazione dell'atto. Meglio: questa proposizione sarebbe accettabile, se ad essa si attribuisse solo il valore di un generico riassunto della vicenda; se essa significasse solo che prima dell'atto, nei confronti in genere degli altri soggetti dell'ordinamento, il titolare del diritto aveva, appunto, un diritto che poi non ha più. Ma la medesima proposizione sarebbe viceversa da respingere, ove essa volesse porsi come l'esatta ricostruzione di questo evento nel quadro del rapporto tra Amministrazione titolare del potere e soggetto titolare del diritto contrapposto: perché nel tentativo operato nel paragrafo precedente, di una più precisa definizione del reale assetto della relazione che si viene a instaurare tra queste due situazioni, era appunto scaturita una conclusione opposta: perché allora era risultato che non è il provvedimento che è causa dell'affievolimento del diritto ad interesse; questo affievolimento preesiste all'esercizio del potere dell'Amministrazione: deriva dalla stessa attribuzione a questa di quel potere, dalla stessa definizione legislativa

<sup>(121)</sup> GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., pagg. 187, 188.



di esso <sup>(122)</sup>; conseguentemente, non è il provvedimento, e quindi tanto meno qualche suo carattere, che ha l'effetto di modificare la situazione sostanziale tanto da far perdere al giudice ordinario la giurisdizione al riguardo. Così, quel che nella teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, almeno dall'angolo visuale che qui ora interessa, sembra lasciare perplessi, è la sua stessa ragion d'essere: è addirittura il verificarsi in senso tecnico di quell'evento di estinzione del diritto di cui essa vuole porsi come una spiegazione.

Ma anche da un punto di vista più ampio, meno legato alla linea di ragionamento che si cerca di proporre, affiorerebbero dubbi del genere; ma anche se si ritenesse che il provvedimento esercizio del potere elimini una situazione che anche nei confronti di questo si attegga come un diritto soggettivo, pare potersi dubitare della necessità e della rilevanza della c.d. imperatività dell'atto amministrativo: come di un elemento indispensabile al fine di offrire una esauriente spiegazione di una altrimenti inspiegabile vicenda.

Sopra, l'incidenza dell'atto dell'amministrazione sul diritto del soggetto contrapposto, colta nell'ipotesi emblematica della espropriazione, era stata definita ricomprendendo la disponibilità di quel diritto nel contenuto del potere del quale l'atto medesimo costituisce esercizio: la perdita del diritto di proprietà da parte dell'espropriato era sembrata sufficientemente giustificata dai rilievi che il potere di esproprio ha per contenuto la disponibilità del diritto del privato, e per oggetto (anche) il bene considerato. In altri termini, il trasferimento del diritto dall'espropriato al beneficiario della espropriazione era stato giustificato mediante un suo collegamento con gli elementi che dovrebbero considerarsi essenziali del potere, soprattutto di quelli contenutistici e oggettivi, e più generalmente, quindi, causali; e che, secondo un ovvio postulato, non possono non trovare una precisa corrispondenza nei simmetrici elementi che più comunemente sono riferiti all'atto:

<sup>(122)</sup> Cfr. DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 90 e ss.

almeno, nella misura nella quale questo atto possa essere valutato come esercizio di quel potere.

Il problema ricostruttivo degli effetti di un atto amministrativo valido, allora, anche di un atto amministrativo che si voglia considerare come estintivo di diritti, era parso risolvibile in una prospettiva nella quale sarebbe sufficiente il richiamo del normale concetto di produzione degli effetti da parte dell'atto stesso, ed eventualmente di quello di attribuzione ad esso dell'efficacia <sup>(123)</sup>; ed è appena il caso di osservare che il discorso, condotto nei confronti del provvedimento amministrativo, se non addirittura nei confronti di uno specifico provvedimento amministrativo quale il decreto d'espropriazione, è solo il riflesso di una impostazione generalmente riferibile a tutti i poteri giuridici, agli atti amministrativi e non che ne costituiscono l'esercizio, agli elementi degli uni e degli altri, alla produzione degli effetti e all'attribuzione dell'efficacia di questi ultimi.

L'introduzione nel ragionamento del concetto di imperatività dell'atto amministrativo, dunque, pare costituire un inutile fattore di complicazione <sup>(124)</sup>: perché, o tale imperatività costituisce un elemento dell'atto ulteriore, rispetto a quelli che erano sembrati sufficienti a spiegare l'effetto estintivo del diritto, e allora non si vede quale ulteriore effetto questo ulteriore elemento dovrebbe giustificare; o tale imperatività si risolve totalmente negli elementi sopra considerati, e allora essa sembra perdere una propria rilevanza autonoma. Ciò, s'intende, per quel che concerne i problemi sostanziali qui considerati, e quello processuale conseguente della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente: rimane completamente al di fuori del discorso, e quindi

<sup>(123)</sup> Sulla distinzione tra produzione di effetti e attribuzione di efficacia di un atto giuridico, in relazione ai problemi ricostruttivi dell'autonomia privata, ma su un piano di teoria generale del diritto, cfr. SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 115.

<sup>(124)</sup> Cfr., viceversa, la frase di GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pag. 13, vivacemente espressiva nel senso della insostituibilità del concetto come chiave per la comprensione dei problemi sostanziali e processuali di cui nel testo.

in questa sede del tutto impregiudicata, la questione del rilievo che debba essere dato al concetto in esame, secondo la più articolata definizione di esso che viene proposta dalla citata dottrina, sotto diversi e più vasti profili.

L'imperatività dell'atto amministrativo, se vuole proporsi come una nozione rigorosamente tecnica, pare suscitare le perplessità accennate: almeno nell'ipotesi nella quale l'atto stesso sia valido, l'unica fin qui considerata, giacché dell'altra si dirà tra poco. Ma è vero che essa può essere intesa anche in un significato meno preciso: come un'indicazione riassuntivamente descrittiva degli aspetti genericamente autoritari propri dei poteri amministrativi e degli atti che di questi costituiscono esercizio. In questa altra accezione, allora, il concetto può e anzi deve essere accettato: è innegabile, infatti, che quei poteri e quegli atti presentino alcuni profili che si vorrebbe dire di accentuata autoritarità; profili che si riflettono, tra l'altro, sul regime della c.d. esecutorietà del provvedimento amministrativo: con nessi, quindi, individuabili proprio in relazione alle diverse e più ampie prospettive che, come si è indicato, sono anche considerate dall'orientamento in esame.

Ma con ciò resta confermato quanto si era sopra sostenuto: resta confermato che, da un punto di vista strettamente tecnico, sono sufficienti solo gli elementi oggettivi, contenutistici, e così via, con i quali l'ordinamento modella i poteri attribuiti all'amministrazione, per giustificare gli effetti degli atti che ne costituiscono l'esercizio: a cominciare dall'effetto di estinzione dei diritti dei privati sui quali essi eventualmente incidessero, se si volesse considerare così questa loro incidenza.

Che tali atti possano dirsi genericamente autoritari, dipende soprattutto dalle strade attraverso le quali si è venuto formando il diritto amministrativo in Italia, e più generalmente nei paesi dell'Europa continentale: i poteri amministrativi si presentano con caratteri particolari, e cioè non propri dei poteri che l'ordinamento attribuisce ai soggetti di diritto comune; e la loro ridu-

zione sotto l'impero del principio di legittimità<sup>(125)</sup>, è avvenuta col consolidarsi dello Stato di diritto mediante una loro tipizzazione specifica da parte del legislatore. Gli atti che ne costituiscono l'esercizio, perciò, hanno caratteri e quindi effetti particolari, rispetto agli atti che sono esplicazione della capacità giuridica di diritto comune<sup>(126)</sup>: si tratta di una vicenda generalmente nota<sup>(127)</sup>, alla quale si è già accennato all'inizio della seconda parte del presente lavoro<sup>(128)</sup>. Ma i cenni sopra svolti erano stati inquadrati in una precisa prospettiva: quella dell'affermazione della riconducibilità dei poteri dell'Amministrazione, come una *species* particolare, nel *genus* delle situazioni giuridiche del medesimo tipo, attraverso le quali anche i soggetti del diritto comune dell'ordinamento acquistano per questo anche la capacità e quindi la soggettività giuridica. In diritto privato gli effetti degli atti e dei negozi possono venire definiti come la conseguenza de-

(125) Sul valore che ha così assunto il principio di legittimità, in relazione al provvedimento amministrativo e ai problemi della tutela giurisdizionale nei confronti di questo, v. da ultimo BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, specialmente pagg. 1874 e ss., con rilievi suggestivi, anche se non interamente condivisibili.

(126) Per l'affermazione di una evoluzione storica dell'incidenza degli atti amministrativi, tra gli altri, cfr. ANDRIOLI, *Bilancio*, etc., cit., pag. 1625, che rileva che nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, così come esso era stato originariamente delineato, l'atto amministrativo, anche il più esecutivo, non avrebbe degradato il diritto soggettivo del privato; secondo la linea di ragionamento che qui si propone, la corrispondente riduzione dell'area nella quale il giudice ordinario è giurisdizionalmente competente dovrebbe avere un diverso fondamento: la progressiva trasformazione in mere norme di azione, di norme che una volta erano valutate come limiti di esistenza dei poteri dell'Amministrazione: cfr. le tesi che saranno sostenute *infra*, nei due paragrafi che seguono.

(127) Soprattutto per merito di GIANNINI, in numerosi suoi scritti già qui citati, a cominciare dalla voce *Atto amministrativo*; dello stesso autore, v. anche la voce *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano 1964, pagg. 855 e ss.

Nella letteratura di questi anni, tra i vari accenni in proposito, cfr. i significativi rilievi di NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, specialmente pagg. 658 e ss., e di BERTI, *op. cit.*, *passim*.

(128) Vicenda, che adesso, secondo l'opinione dominante nella letteratura, si sta evolvendo nel senso di un progressivo avvicinarsi dei caratteri dell'attività pubblica e di quella privata: cfr. per tutti GIANNINI, tra l'altro nella conclusione della citata voce *Atto amministrativo*, pag. 194.

gli elementi dei poteri di cui essi costituiscono l'esercizio; in diritto privato non è necessario richiamare un concetto di imperatività distinto da quegli elementi, neppure in quelle ipotesi nelle quali altri soggetti paiono semplicemente subire le conseguenze dell'agire dell'autore di quegli atti e di quei negozi: correlativamente, non si vede perché in diritto amministrativo, per la definizione degli atti e dei provvedimenti dell'Amministrazione, per la giustificazione degli effetti che da questi conseguono, sia indispensabile l'implicazione di ulteriori nozioni.

L'essenza dei poteri amministrativi può essere colta genericamente rilevando che con il loro esercizio l'Amministrazione può creare, modificare o estinguere — è questo il caso qui più interessante — situazioni giuridiche di altri soggetti<sup>(129)</sup>, agendo di regola unilateralmente<sup>(130)</sup>. Affiora così il concetto di unilateralità, che se è normale qualificazione sintetica dei caratteri dell'atto amministrativo di tipo tradizionale<sup>(131)</sup>, non è specifica di questo, perché è anche propria di numerosi atti di diritto comune. E se le più diffuse analisi e definizioni di essa possono lasciare insoddisfatti<sup>(132)</sup>, sono ciò nondimeno sufficiente chiarificazione dei problemi qui considerati, almeno dall'angolo visuale dal quale essi, appunto, sono qui considerati.

<sup>(129)</sup> Per l'evoluzione storica ricordata alla precedente nota 126, anche le conseguenze processuali di questa vicenda sostanziale sarebbero state correlativamente diverse: cfr. F. SATTÀ, *Giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pagg. 568, 569: la trasformazione storicamente avvenuta degli atti amministrativi in provvedimenti dotati della c.d. imperatività, avrebbe profondamente mutato i termini del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>(130)</sup> Oltre agli autori citati nella precedente nota 127, cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., specialmente pagg. 256 e gli autori ivi citati.

<sup>(131)</sup> Unilateralità, che, sia pure entro certi limiti, non è necessariamente in contrasto con le esigenze di maggiore partecipazione degli interessati alla formazione dell'atto amministrativo, e quindi di una preventiva acquisizione del consenso di chi di questo atto risentirà gli effetti: cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, pagg. 248, 249, che ammette la compatibilità della « bilateralità » del procedimento con la unilateralità del provvedimento che ne consegue. Cfr., peraltro, BERTI, *Momenti della trasformazione*, etc., cit., *passim*.

<sup>(132)</sup> Cfr., con particolare espressività, GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pag. 12.

L'esercizio del potere dell'Amministrazione può estinguere il diritto del privato, solo perché la disponibilità di questo è legislativamente compresa nel contenuto di quello, senza che sia necessaria l'implicazione di altri fattori: e la riaffermazione di questo risultato permette anche di confermare la validità di altre parti del ragionamento sopra svolto, che erano parse di maggiore rilievo: permette di confermare, cioè, che nella ricostruzione dei rapporti sostanziali tra Amministrazione e privato, il maggior risalto deve essere dato a quelle norme che definiscono gli elementi dei poteri amministrativi, e quindi i loro contorni: ossia, a quelle norme che costituiscono il limite della loro esistenza, e, particolarmente, nell'ambito di queste, alle norme di relazione, che costituiscono il limite della loro esistenza, come il rovescio dei limiti di esistenza dei contrapposti diritti soggettivi, e viceversa. Sono le norme di questo tipo che, da un lato, definendo l'area entro la quale l'interesse privato è legislativamente tutelato in modo assoluto, definiscono anche l'area i confini della quale sono salvaguardati dal giudice ordinario; e, dall'altro, ricomprendendo *a fortiori* le mere norme di azione, rendono il medesimo giudice indifferente ad ogni violazione di queste ultime.

Fin qui l'indicazione delle principali ragioni di dubbio, nei confronti della teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, dal punto di vista del suo effetto c.d. di degradazione, e in ordine all'ipotesi nella quale l'atto stesso sia valido. Ad essa, sembra che sia possibile aggiungere un secondo spunto critico, che si vorrebbe dire secondario, ma solo perché non involge nozioni dogmatiche di pari rilievo, rispetto a quelle ora considerate: si ammetta pure che l'atto amministrativo che incide su di un diritto soggettivo, incida su di una situazione che si attegga come tale anche nei confronti del potere di cui esso costituisce esercizio, il che è proprio quel che qui si vuol negare; si ammetta pure che il conseguente effetto di estinzione di quel diritto derivi dalla c.d. imperatività dell'atto; rimarrebbe ancora da dimostrare che una simile descrizione della vicenda sia in grado di raggiungere

l'obbiettivo ultimo della teoria in esame che è poi la sua stessa ragion d'essere: sia in grado di spiegare il perché il giudice ordinario non ha giurisdizione su quell'atto medesimo; e in realtà, pare che proprio accettando le premesse qui respinte questa conclusione sia inaccettabile: pare che proprio collegando al provvedimento l'estinzione di un diritto in quanto tale, non si possa più dare conto della relativa carenza di giurisdizione del giudice ordinario: come si cercherà di dire tra poche pagine, durante l'analisi dell'altra ipotesi: quella nella quale l'atto amministrativo sia invalido; analisi, che è ormai tempo di intraprendere.

Come si è anticipato, infatti, nella prospettiva della teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, è stata accentuata la contrapposizione di questa seconda ipotesi, rispetto a quella finora considerata: l'atto amministrativo invalido, infatti « ...realizza una *fattispecie sostanzialmente diversa* da quella del provvedimento valido... » <sup>(133)</sup>, che l'ordinamento potrebbe trattare secondo molti differenti schemi, con conseguenze rilevanti sotto il profilo dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: tre, sul piano della teoria generale, e infiniti su quello del diritto positivo. La legge abolitrice del contenzioso amministrativo sarebbe stata formulata in termini tali, da lasciare aperte varie soluzioni interpretative; le alternative sarebbero state risolte dalla giurisprudenza, la quale avrebbe esteso la c.d. imperatività dell'atto amministrativo, anche all'atto amministrativo invalido, con una duplice conseguenza: sul piano sostanziale, anche quest'ultimo degraderebbe i diritti del privato, sul quale venisse ad incidere; e perciò, sul piano processuale, anche su quest'ultimo sarebbe giurisdizionalmente incompetente il giudice ordinario, per le medesime ragioni per le quali tale giudice sarebbe giurisdizionalmente incompetente in ordine all'atto amministrativo valido, e che si sono adombrate nel secondo degli spunti critici sopra accennati.

<sup>(133)</sup> GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 18; il corsivo è dell'autore.

È soprattutto a questo punto della esposizione della teoria in esame, che acquista risalto un suo aspetto caratteristico: essa è formulata prevalentemente come un tentativo di razionalizzazione, e, prima ancora, di ricostruzione, dell'insieme delle soluzioni che la giurisprudenza avrebbe elaborato sulla tematica della discriminazione di giurisdizioni tra il giudice ordinario e quello amministrativo; e che la giurisprudenza avrebbe elaborato soprattutto creativamente, in un quadro normativo il quale, per la sua schematicità, e anzi lacunosità, avrebbe lasciato all'interprete larghi margini di scelta. Perciò, le singole proposizioni nelle quali quella ricostruzione si risolve, valgono solo come altrettante individuazioni di orientamenti giurisprudenziali su punti specifici di quella tematica: senza che la loro puntualizzazione significhi che ne venga condivisa la fondatezza. Anzi, per meglio dire, proprio per l'ampiezza di tali margini di scelta, per la relativa neutralità che presenterebbero quei parametri legislativi alla stregua dei quali sarebbero da confrontare le soluzioni rilevate, quasi sempre solo impropriamente si porrebbe un problema di questo tipo: più spesso, le uniche valutazioni possibili sarebbero solo quelle della conformità di queste soluzioni a principi generali, o ancora quelle della coerenza interna del loro insieme, o francamente quelle della loro opportunità; e si tratta di valutazioni generalmente negative: a qualunque sforzo di razionalizzazione teorica residuerebbero comunque delle incongruenze, delle contraddittorietà irriducibili tra le linee giurisprudenziali, concorrenti a formare un sistema di per sé illogico, e per di più pesantemente inefficiente; e il superamento di esso, l'unica via di uscita da una situazione ormai insostenibile, sarebbe una radicale riforma legislativa <sup>(134)</sup>.

Correlativamente, è a questo punto che il nostro discorso si fa più difficile: l'analisi che si dovrebbe condurre, se fosse puntuale, implicherebbe un ragionamento a molti, troppi poli: la ricostruzione operata del sistema legislativo, nei suoi contorni e

<sup>(134)</sup> Cfr. soprattutto GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pagg. 99 e ss.

quindi nelle sue alternative di applicazione adottate e scartate, la rilevazione delle soluzioni giurisprudenziali, le risposdenze e i contrasti dell'una rispetto all'altra e di tutte e due rispetto a quelle che si è cercato di proporre nel presente lavoro. Ma al dettaglio dell'argomentazione è preferibile la chiarezza e la sinteticità dell'esposizione: e quindi sembra più opportuno accennare solo ad una serie di spunti che paiono più importanti, lasciando per il resto sottintese le adesioni come i dubbi, e le loro ragioni, che ciò nonostante dovrebbero rivelarsi trasparentemente; come chiaramente dovrebbe risaltare una divergenza di rilevazione degli orientamenti della giurisprudenza: di quella giurisprudenza la cui fondatezza è parso di dover qui confermare già dalla fine del primo capitolo, giustificando anche la nozione dell'atto con carenza di potere, e il ricorso che è sembrato abbastanza largo, che a questa essa fa; di quella giurisprudenza, che viceversa è diversamente ricostruita, soprattutto per quel che riguarda la rilevanza che si afferma essere puramente residua e marginale, della ipotesi nella quale l'atto amministrativo, non degradando il diritto soggettivo, rimane sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per le medesime ragioni di semplicità, si sfiorerà appena un punto pure di grande importanza, ma il cui approfondimento coinvolgerebbe grossi problemi di fondo di teoria generale del diritto: quello del valore della costruzione giurisprudenziale in tal modo, ma anche in qualunque altro modo rilevata: se essa abbia assunto il carattere di consuetudine interpretativa, se risulti difficilmente modificabile solo in linea di puro fatto, oppure se, perciò, si ponga come un dato normativo in una qualche misura vincolante la proponibilità di diverse prospettive interpretative<sup>(135)</sup>; oltretutto, si tratta di questioni di grande momento che qui non è essen-

<sup>(135)</sup> Per la svalutazione della rilevanza in tal senso degli orientamenti giurisprudenziali sui problemi in esame, cfr., tra gli altri, KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pag. 199; VILLATA, *L'esecuzione*, etc., cit., pagg. 145 e ss.; ANCELETTI, *Tutela del possesso*, etc., cit., pagg. 9 e ss., 146 e ss., 162.

Cfr. anche i rilievi di NIGRO, *Problemi veri e falsi*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1818, 1819.

ziale affrontare: la linea di ragionamento che nel presente lavoro si cerca di proporre vuole essere una conferma della fondatezza dell'orientamento giurisprudenziale, nella sua impostazione di base, se non anche nelle sue applicazioni e conseguenze; ed è inutile, perciò, la rivendicazione, che pure sembrerebbe formulabile, della libertà teorica dell'interprete dai precedenti giurisprudenziali per quanto consolidati, del suo vincolo al solo dato legislativo.

Si può così affrontare subito il primo passaggio importante: quello della possibilità che, sotto il profilo della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, l'ipotesi nella quale l'atto amministrativo sia invalido venga trattata in modo diverso da quella nella quale l'atto amministrativo sia valido. La giurisprudenza avrebbe optato per la soluzione unitaria: così, secondo la costruzione giurisprudenziale, l'atto amministrativo « ... anche se invalido, produce sempre i suoi effetti, compresi quelli che attengono a diritti soggettivi. Il giudice ordinario (competente su "questioni di diritti") se il provvedimento produce estinzione o perdita di diritti o modificazione di diritti, non ha competenza, perché l'attore non è più titolare di un diritto o di quel diritto che aveva quel contenuto della diminuzione del quale si duole (c.d. degradazione). Se aveva un diritto, lo ha perduto o gli si è estinto o gli si è ridotto »<sup>(136)</sup>. Ma questa ricostruzione degli effetti dell'atto amministrativo invalido, e quindi la perdita della competenza giurisdizionale in ordine ad esso da parte del giudice ordinario, lo si ripete, sarebbe stata introdotta nel nostro ordinamento solo per scelta giurisprudenziale: la quale avrebbe anche potuto essere diversa, la quale avrebbe anche potuto essere nel

<sup>(136)</sup> GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pag. 19; nello stesso senso, cfr. anche PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., vol. II, pagg. 393 e ss.; MONTESANO, *Processo civile e pubblica Amministrazione*, cit., pagg. 50 e ss.; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pagg. 572 e ss., il quale pare però accentuare maggiormente il concetto che la c.d. degradazione non si ha, quando l'atto amministrativo sia stato emanato con carenza di potere (cfr. anche le considerazioni di MONTESANO, *op. loc. ult. cit.*).

senso di una diversificazione del trattamento delle due ipotesi profilate.

Forse, di ciò si può dubitare; forse, si può dubitare che davvero la giurisprudenza abbia avuto un così largo margine di scelta. La questione se un margine del genere sussisteva o meno, potrebbe sembrare ormai oziosa: quali che siano state le possibilità originarie di evoluzioni alternative del sistema, in definitiva, con l'affermazione della unità di trattamento delle due ipotesi, ha prevalso la soluzione che qui si tenderebbe a considerare con qualche misura obbligata: e perciò vano sarebbe approfondire la sussistenza di possibilità di sviluppo poi non verificatesi; e, di riflesso, perciò eccessiva sarebbe l'importanza viceversa data alla distinzione tra ipotesi di atto valido e ipotesi di atto invalido, poi alla stessa stregua considerate. Ma così non sembra che sia: tutto nelle linee interpretative è connesso, in quelle qui proposte come in quelle delle quali si dubita; e il tentativo di sostenere che la scelta giurisprudenziale in realtà era vincolata si rivelerà infatti una delle strade per le quali si può cercare di confermare la validità della diversa costruzione qui profilata.

Occorre subito sgombrare il campo da una interpretazione fuorviante della tesi secondo la quale l'atto amministrativo invalido avrebbe potuto essere trattato diversamente dall'atto amministrativo valido, dal punto di vista della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente: quella secondo la quale sarebbe il modo di essere in concreto del singolo atto, in un senso o nell'altro, che condizionerebbe questa determinazione. Il far dipendere da questo fattore, infatti, una differenziazione della competenza giurisdizionale, sembra che vada a urtare contro una grossa difficoltà: è ovvio che l'accertamento della validità dell'atto stesso, è contenuto nella funzione attribuita al giudice; il condizionamento indicato, quindi, finirebbe col comportare una inversione tra la questione di merito e quella di giurisdizione: invece di stabilire prima quale sia il giudice giurisdizionalmente competente, per poi procedere all'accertamento della validità dell'atto.

si dovrebbe procedere preliminarmente a questo accertamento, per stabilire poi qual è il giudice giurisdizionalmente competente; d'altro canto, una volta stabilito che un atto è valido, non si vede che senso abbia la determinazione dell'organo giurisdizionale che tale validità dovrebbe sindacare. Pare del tutto inutile richiamare motivi più profondi, e argomentazioni più tecnicamente formulate, per sostenere un'affermazione che appare già di per sé lapalissiana: il giudice dell'atto invalido non può non essere quello medesimo dell'atto valido.

E proprio perché è lapalissiana l'affermazione che precede, non può che essere lapalissiana la conseguenza che direttamente ne deriva: la possibilità di trattare diversamente, sotto il profilo della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, l'atto amministrativo invalido rispetto all'atto amministrativo valido, può essere profilata solo in relazione a ipotesi astratte: può essere profilata nei riguardi non del modo di essere in concreto del singolo atto, ma dei diversi paradigmi legislativi alla cui stregua quest'ultimo deve essere valutato.

Ma anche qui gli schemi utilizzabili sono limitati, e comunque strettamente condizionati: siamo in materia di mezzi di tutela giurisdizionale, di individuazione di quale di essi sia invocabile nella fattispecie concreta; e il presupposto stesso della richiesta di una simile tutela, non importa poi di quale tipo, non può che essere l'affermazione della invalidità dell'atto nei cui confronti essa è domandata. È da questo punto di vista che si può dire che la determinazione della giurisdizione del giudice ordinario come di quella del giudice amministrativo avviene sempre nei confronti di un atto amministrativo di cui si sostiene l'invalidità: in un certo senso, paradossalmente, è l'atto amministrativo valido che, sotto il profilo qui in esame, è sottoposto allo stesso trattamento di quello invalido, piuttosto che viceversa.

A meno che per atto amministrativo invalido, nel contesto dei problemi considerati, e secondo la terminologia dell'orientamento dottrinale di cui si parla, si intenda una nozione più tecnicamente

rigorosa: quella di atto amministrativo che è tale perché è illegittimo in senso stretto, e non illecito. Allora sì che si comincia a intravedere una possibile differenziazione sul piano degli schemi legislativi; allora sì che diventa profilabile la possibilità di un trattamento particolare dell'atto amministrativo invalido quanto alla determinazione del giudice giurisdizionalmente competente: ma non nei confronti dell'atto amministrativo valido, bensì nei confronti dell'atto amministrativo illecito.

E così il discorso viene riportato su schemi più familiari alla linea di ragionamento proposta nel presente lavoro; e, allo stesso tempo, si delineano con maggiore precisione le ragioni per le quali si dubita che davvero la giurisprudenza avesse avuto molti margini di scelta nell'interpretazione del dato legislativo, per scarno e lacunoso che esso possa essere considerato, sotto il profilo ora in esame. Perché se il problema della possibilità di un trattamento dell'atto amministrativo invalido diverso dalla soluzione in concreto adottata dalla giurisprudenza, deve essere rapportato ai paradigmi legislativi, deve essere rapportato a quei paradigmi legislativi che con relativa sicurezza è sembrato di dover dedurre dai dati normativi: la originaria giurisdizione del giudice ordinario, e la giurisdizione successivamente aggiunta di quello che poi è diventato il giudice amministrativo, su aree, posizioni e interessi che sfuggivano alla prima; la violazione del diritto soggettivo e l'illegittimità dell'atto amministrativo come fattori condizionanti la determinazione dell'una e dell'altra. È per la ricostruzione del sistema a partire da questo quadro normativo che si è accennato a quello che è parso dover essere un passaggio logico fondamentale: la duplicità di giurisdizioni, ambedue aventi per oggetto un atto amministrativo genericamente qualificabile come illegale, postula necessariamente la duplicità di ordini di norme la cui inosservanza sia sindacata rispettivamente dall'uno e dall'altro giudice<sup>(137)</sup>. E si crede dunque che sia stata obbligata, senza

(137) Cfr. il primo capitolo, soprattutto a partire dal paragrafo 5.

margini di scelta, la conclusione che la determinazione del giudice giurisdizionalmente competente consegue necessariamente alla determinazione del tipo di norma che si afferma che l'atto abbia violato. Di qui l'importanza decisiva che si è data nel presente lavoro alla differenziazione delle norme di azione da quelle di relazione o di esistenza del potere, del resto secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, e precise impostazioni dottrinali.

Poteva la giurisprudenza orientarsi diversamente? Poteva la giurisprudenza trattare l'atto amministrativo invalido in senso stretto, cioè illegittimo, diversamente dall'atto amministrativo valido, e quindi rimetterlo alla giurisdizione del giudice ordinario? Sembra di no: per l'evidente necessità di profilare l'accennata duplicità di ordini di norme che vincolano l'Amministrazione, per la loro rilevanza decisiva ai fini della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, per i loro caratteri essenziali. I quali, come è già affiorato in più di una pagina del presente lavoro, sono direttamente connessi con l'ordinamento costituzionale: con la costituzione materiale dello Stato liberale, che già conosceva il fenomeno per il quale accanto alla legislazione di disciplina dei rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati, si è sviluppata, in termini quantitativi assai maggiori, la disciplina di esercizio dei poteri che quella attribuiva, definendoli, ai soggetti pubblici stessi; con la Costituzione, anche con quella formale, attualmente vigente, che ha recepito gli aspetti della prima qui più rilevanti, addirittura canonizzandone le soluzioni di carattere processuale.

Ipotizzare un sistema nel quale ogni violazione di legge compiuta dall'Amministrazione, sia pure in collegamento per quanto indiretto con diritti di altri soggetti, rientri nella giurisdizione del giudice ordinario, significherebbe disconoscere un carattere vistoso dello Stato contemporaneo: quello per il quale il legislatore, dopo aver attribuito, e definito nei confronti delle posizioni degli altri soggetti, i poteri dell'Amministrazione, regola spesso anche minuziosamente il loro esercizio, senza più un rapporto con gli interessi direttamente tutelati di quegli altri soggetti me-

desimi. Come, d'altra parte, ipotizzare un sistema nel quale ogni violazione di legge compiuta dall'Amministrazione, per quanto diretto possa essere il suo collegamento con diritti di altri soggetti, sfugga alla stessa giurisdizione del giudice ordinario, significherebbe disconoscere alcuni dei tratti essenziali dello Stato liberale che paiono ancor oggi validi: il carattere di soggetto dell'ordinamento generale acquisito dall'Amministrazione anche come titolare di poteri pubblici, i limiti che su tale piano ineriscono a questi, per il solo fatto della loro attribuzione ad essa, e quindi della loro definizione nei suoi rapporti con tutti gli altri soggetti di quell'ordinamento medesimo.

È vero che la giurisprudenza poteva orientarsi diversamente da come ha fatto su aspetti importantissimi della ricostruzione del sistema: anzitutto, interpretando restrittivamente il divieto di revoca e di modifica dell'atto amministrativo, e quindi limitandolo ai soli aspetti formali, e così potendo fare giuocare pienamente nello spazio in tal modo reso amplissimo, il potere di disapplicazione degli atti non conformi alla legge previsto dall'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>(138)</sup>; oppure non derivando così strettamente, ma anche così arbitrariamente, dal divieto di revoca e di modifica dell'atto amministrativo, il divieto di condanna dell'Amministrazione ad un comportamento specifico; oppure individuando rigorosamente i requisiti di esistenza di quell'atto medesimo, in mancanza dei quali non vedere ostacoli alla pronuncia di sentenze aventi questo contenuto; e così via. Ma tutti questi punti riguardano l'ampiezza dei poteri da riconoscersi al giudice ordinario, nei casi nei quali sia da ravvisare la sua competenza giurisdizionale, e non rilevano direttamente per la determinazione di questa.

È vero che la giurisprudenza poteva considerare come norme di esistenza del potere, la cui violazione, perciò, dovrebbe essere

<sup>(138)</sup> Cfr. MIELE, *La giustizia amministrativa*, cit., soprattutto pagg. 19 e ss. Per la letteratura precedente, cfr. soprattutto la monografia di CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950, *passim*.

compresa nella giurisdizione del giudice ordinario, norme che viceversa ha valutato come di azione: è a questo problema che saranno dedicati i due paragrafi che seguono. Ma ciò non tocca l'esattezza della impostazione generale, basata sulla contrapposizione delle norme di azione a quelle di relazione, e sulla rilevanza decisiva di essa. Meglio: non tocca il carattere obbligato dell'adozione di questa impostazione stessa.

Dalla quale impostazione, così rivelatasi necessaria, deriva un corollario ben preciso: sempre intendendo per atto amministrativo invalido, al problema del cui trattamento dal punto di vista della competenza giurisdizionale sono dedicate queste pagine, l'atto amministrativo illegittimo in senso stretto. Il tipo di invalidità che colpisce un atto del genere è, pacificamente, la sua sola annullabilità<sup>(139)</sup>; e le correnti e istituzionali definizioni di questa nozione pongono l'accento sulla circostanza che l'atto annullabile, almeno fino al suo del resto solo eventuale annullamento, produce gli stessi effetti che gli sono propri nel caso della sua validità.

Queste proposizioni sono suscettibili di una rilevante utilizzazione, nella prospettiva della linea di ragionamento che si cerca di proporre nel presente lavoro: al fine di completare le argomentazioni relative alla superfluità della nozione di imperatività dell'atto amministrativo. Sopra, si era accennato alle ragioni per le quali tale nozione sembra rivelarsi inutile, per spiegare gli effetti che produce l'atto amministrativo valido; ma se l'atto amministrativo invalido, sia pure solo precariamente, produce medesimi effetti, per spiegarli quella nozione, per quelle medesime ragioni, deve risultare parimenti inutile.

Ma tali proposizioni non sono irrilevanti neppure nella prospettiva della teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo: nella prospettiva nella quale l'utilità di questa nozione sia non dubitata, ma sostenuta e presupposta. Da questo punto di vista, infatti, si potrebbe osservare che l'atto amministrativo invalido,

<sup>(139)</sup> Cfr., *supra*, le considerazioni conclusive del paragrafo 14.



se inteso come atto amministrativo solo annullabile, deve produrre comunque, almeno fino al suo eventuale annullamento, l'effetto di estinzione del diritto soggettivo sul quale incidesse, che deriva pacificamente dall'atto amministrativo valido: quell'effetto di estinzione del diritto soggettivo al quale si dovrebbe ricollegare, secondo tale teoria, la carenza di giurisdizione del giudice ordinario. Risulterebbe confermata, allora, la tesi del carattere obbligato della scelta compiuta dalla giurisprudenza, per quel che riguarda l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente sull'atto amministrativo invalido.

Queste considerazioni si crede che siano esatte; ma ciò nonostante non ci paiono completamente appaganti: sembra che non colgano l'essenziale, che passino accanto ai motivi più decisivi per i quali il giudice ordinario non ha, non può avere giurisdizione sull'atto amministrativo invalido, nel senso di atto amministrativo illegittimo. Motivi, che viceversa sono quelli connessi alla distinzione tra norme di azione e norme di relazione, ai caratteri delle une e delle altre che nei paragrafi precedenti si è cercato di approfondire, alla rilevanza decisiva che si vuole loro dare, ai fini della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente. Le norme di azione si collocano all'interno dei confini dei poteri legislativamente attribuiti all'Amministrazione, non hanno collegamento con questi confini, e quindi con i confini dei diritti di altri soggetti; perciò, l'atto amministrativo illegittimo, in quanto in violazione solo di norme di tale tipo, non può mai essere considerato lesivo di diritti soggettivi in senso proprio: secondo l'ordine di concetti proposto nel paragrafo precedente, neppure quando esso abbia una incidenza diretta su posizioni soggettive del genere, neppure quando sia dispositivo di queste.

E qui veramente si tocca l'essenziale dell'argomentazione: la radice più profonda della divergenza dell'alternativa di ricostruzione proposta, rispetto alla teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo. Perché quel che pare inaccettabile, è collegare l'estinzione del diritto soggettivo nel diretto rapporto col potere

dell'Amministrazione, collegare l'affermata conseguente perdita di giurisdizione del giudice ordinario, agli effetti dell'atto amministrativo, come viceversa è affermato dalla teoria c.d. della imperatività: perché è già l'attribuzione e la definizione legislativa dei poteri dell'Amministrazione, e non i successivi atti di esercizio di questi, che impedisce alle contrapposte posizioni soggettive di atteggiarsi nei loro confronti come dei diritti pieni<sup>(140)</sup>.

Questa è la conclusione che discende inevitabile da quella distinzione delle norme di azione dalle norme di esistenza del potere, che a sua volta è parsa il presupposto sostanziale necessario del riparto di giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo delineato dalla nostra legislazione. Di più: è anche l'unico strumento concettuale che possa spiegare come mai il giudice ordinario sia sempre carente di giurisdizione nei confronti dell'atto amministrativo illegittimo, anche di quello dispositivo di diritti soggettivi: almeno, entro i limiti che si è cercato di precisare in precedenza. La teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo spiega tale carenza di giurisdizione con l'effetto di estinzione del diritto soggettivo che conseguirebbe comunque da quell'atto, anche se esso fosse invalido. Ma se fosse davvero l'atto la causa di estinzione del diritto, il suo titolare, sostenendo la illegittimità dell'atto stesso, farebbe pur sempre questione di illegittima estinzione di quel diritto; e parrebbe ben difficile che questa questione non rientrasse nell'ampia dizione dell'articolo 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: « Quando la contestazione cada sopra un diritto che si pretenda leso da un atto dell'autorità amministrativa... »; ma, soprattutto, parrebbe ancor più difficile che la questione di (illegittima eliminazione di) un diritto, non costituisse « ... questione di un diritto civile o politico... » ai sensi del precedente articolo due, che è la norma fondamentale attribu-

<sup>(140)</sup> Cfr. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 39 (su cui v. i rilievi critici di KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pag. 129); DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 90 e ss.

tiva della giurisdizione del giudice ordinario (<sup>141</sup>). È per queste ragioni che, se davvero l'estinzione in senso tecnico del diritto soggettivo derivasse dall'atto amministrativo, l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario al riguardo costituirebbe una inaccettabile forzatura della lettera e dello spirito del sistema. Forzatura che viceversa non sarebbe necessaria se si ammettesse quel che nel corso del presente lavoro si è cercato di sostenere: l'attribuzione e la definizione dei poteri dell'Amministrazione come fattore di impedimento fin dall'origine dell'atteggiarsi come diritto soggettivo nei confronti di essi delle contrapposte situazioni soggettive.

Fin qui il discorso sull'atto amministrativo illegittimo. Rimanono ora da svolgere, con quella sinteticità che il precedente approfondimento della materia ormai permette, alcune considerazioni per quel che riguarda l'atto amministrativo invalido, nel senso di atto amministrativo emanato con carenza di potere: l'atto amministrativo illecito, secondo la terminologia pure qui accolta. È indiscutibile al riguardo la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario: secondo la giurisprudenza, secondo quanto sostenuto nel presente lavoro, secondo la teoria della c.d. imperatività dell'atto amministrativo. Non è su questo punto, dunque, che si deve dissentire da quest'ultima: semmai, si potrebbe accennare solo un rilievo concernente l'estensione del fenomeno: piuttosto residuale e ristretta, secondo di essa; tutt'altro che marginale, viceversa, secondo la giurisprudenza, e secondo quanto qui sostenuto: basterebbe pensare ai casi nei quali il giudice ordinario non si considera privo di giurisdizione nei confronti di decreti di espropriazione.

Piuttosto, i dubbi riguardano la giustificazione della sussistenza di tale giurisdizione: la teoria della c.d. imperatività la spiega in base alla circostanza che l'atto in carenza di potere non degraderebbe il diritto soggettivo sul quale esso eventualmente in-

(<sup>141</sup>) Cfr. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, etc., cit., pagg. 143 e ss.

cidesse. Sulla diversa ricostruzione che si è cercato qui di proporre, è evidentemente superfluo insistere. Solo, se si volesse seguitare a mantenere quella prospettiva, se si volesse continuare a ricollegare la determinazione del giudice giurisdizionalmente competente agli effetti che scaturirebbero o non scaturirebbero dall'atto amministrativo, allora sembrerebbe che il problema dovesse essere formulato in relazione alla tematica della nullità di questo: con quell'andamento ipotetico dell'argomentazione, che deriva necessariamente dal rifiuto in precedenza formulato e motivato, di prendere una posizione circostanziata al riguardo.

Si dirà allora che se si ammette che la violazione di una norma di esistenza del potere comporti nullità dell'atto, è perché l'atto nullo non produce il suo effetto tipico, che il diritto soggettivo non viene degradato (<sup>142</sup>). Se, viceversa, non si vuole ammettere tale nullità, e si sostiene che anche la violazione di una norma di esistenza comporta solo l'annullabilità dell'atto, è inevitabile trarre la conseguenza che anche l'atto emanato in carenza di potere degrada il diritto soggettivo. Esso, cioè, produrrebbe almeno temporaneamente i suoi effetti, come l'atto illegittimo in senso stretto: ma qui vi sarebbe effettivamente degradazione di un diritto, perché come tale si atteggierebbe la posizione del privato, nei confronti di qualsiasi atto che, come quello emanato con violazione di una norma di esistenza, non potrebbe essere considerato come esercizio di un potere.

La soluzione di questa alternativa presenterebbe notevoli difficoltà, giacché essa investe la teoria della nullità dell'atto amministrativo; tali difficoltà consiglierrebbero di lasciare l'alternativa stessa aperta, e il consiglio può senz'altro essere accolto, senza che ne conseguano riserve per la linea di ragionamento che si propone: in ogni caso, infatti, non c'è dubbio che in ordine all'atto emanato in carenza di potere, perché incidente su un diritto soggettivo, non si può escludere la giurisdizione del giudice

(<sup>142</sup>) Cfr. F. SATTÀ, *Giurisdizione ordinaria*, etc., cit., pag. 575 e ss.

ordinario. Ma la formulazione medesima dell'alternativa in parola suggerisce due osservazioni finali. La prima è che, se l'atto emanato con carenza di potere dovesse essere considerato nullo, e cioè se il diritto soggettivo eventualmente da esso inciso dovesse essere considerato pienamente sussistente, molto difficile apparirebbe ogni tentativo volto a dare un fondamento sostanziale, basato sulla eliminazione del diritto stesso, delle limitazioni che l'art. 4 della legge del 1865 pone, ai poteri decisori del giudice ordinario <sup>(143)</sup>. La seconda è che se, viceversa, si dovesse ammettere la sola annullabilità di quell'atto, e quindi la almeno temporanea e precaria eliminazione del diritto soggettivo inciso, questa conseguenza confermerebbe la validità di rilievi fatti in precedenza: poiché rimarrebbe ferma la giurisdizione del giudice ordinario, come si è visto, risulterebbe evidente che, anche se il diritto soggettivo dovesse ritenersi « degradato », la questione di legittimità (meglio: di liceità) di tale degradazione, non sfuggirebbe alla giurisdizione suddetta, rientrando comunque nella previsione dell'art. 2 della legge del 1865.

18. *La sostanziale costanza della 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 determinata disciplina del rapporto sostanziale.* — In conclusione, dall'analisi degli aspetti salienti della problematica dei limiti della giurisdizione del giudice

<sup>(143)</sup> Si allude, come è ovvio, alla tesi sostenuta da MONTESANO, *Processo civile e pubblica Amministrazione*, cit., pag. 45 e ss., su cui cfr., tra gli altri, i rilievi critici di GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., specialmente pagg. 20 e ss.; SCOCA, *Il termine giudiziale*, etc., cit., specialmente pagg. 145 e ss., e nella lunga nota 94, e pagg. 157 e ss., e nella lunga nota 108.

ordinario, considerati in particolare modo dalla dottrina recente e meno recente, sembra risultare rafforzata la validità dell'opinione espressa nel tentativo di ricostruire i termini del problema suddetto, così come essi dovevano essere definiti sulla base della legge del 1865, e in relazione al quadro concettuale in cui quella legge stessa si iscriveva; l'opinione, cioè, secondo la quale il limite del diritto soggettivo del privato era definibile in relazione all'esistenza di una contrapposta situazione giuridica dell'Amministrazione, normalmente con caratteri tali da poter essere qualificata come un potere, secondo la precisata evoluzione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive; la giurisdizione del giudice ordinario, perciò, avuto riguardo alla funzione istituzionale di questo, di garanzia del rispetto delle singole sfere giuridiche soggettive, era tracciabile secondo la linea di confine tra diritto del privato e potere dell'Amministrazione: quel giudice può sindacare le violazioni di quelle sole norme che determinano questa linea, e poiché la violazione di quelle che, al contrario, si collocano nell'ambito dei poteri dell'Amministrazione, sfuggono alla sua giurisdizione, quest'ultima, di conseguenza, si trova limitata, non meno che il diritto soggettivo del privato, dalla esistenza del potere dell'Amministrazione, e dai suoi confini. Si è detto che tale tesi sembra risultare rafforzata dall'indagine sopra svolta: i risultati di questa, infatti, e i contributi dottrinali che si sono recepiti, in ordine ai profili della problematica in questione che si sono indicati, sembrano confermare quel modo di atteggiarsi del diritto soggettivo del privato, e quindi quel modo di delineare il limite della giurisdizione del giudice ordinario.

Non solo: i risultati e i contributi accennati, paiono sottolineare una sostanziale unitarietà dell'evoluzione concettuale che si è avuta nel corso di un secolo in ordine alla materia considerata, pur nel quadro di inevitabili incertezze e deviazioni; soprattutto, paiono sottolineare che i termini nei quali il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario si pone oggi,

siano sostanzialmente identici a quelli nei quali quel medesimo problema si poneva cento anni fa: al riguardo, si deve ancora una volta porre in rilievo la fedeltà storica, prima ancora che la validità dogmatica, del noto criterio di determinazione della giurisdizione adottato dalla giurisprudenza, basato sulla contrapposizione della contestazione dell'esistenza del potere dell'Amministrazione (e quindi della correlativa affermazione dell'esistenza di un diritto del privato), alla contestazione della sola legittimità dell'esercizio di esso (e quindi con la implicita ammissione della sua esistenza, e della inesistenza di un diritto del privato).

S'intende che le conclusioni riassunte possono essere avanzate solo sulla base dell'impostazione qui proposta, secondo la quale i termini del problema devono essere ristretti al solo esame dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: costituisce un problema del tutto diverso la definizione del contenuto della giurisdizione del giudice amministrativo; come si è più volte accennato, questo secondo problema è assolutamente irrilevante ai fini della soluzione di quello esaminato nel presente lavoro. Non solo: l'impostazione secondo la quale le giurisdizioni dei due giudici dovrebbero essere poste a diretto confronto, come a diretta contrapposizione e differenziazione dovrebbero essere poste le due situazioni giuridiche tutelate dall'una e dall'altra (diritto soggettivo e interesse legittimo), può produrre solo uno sfalsamento dell'esatta prospettiva.

L'affermazione della coincidenza tra termini attuali e termini di cento anni fa del problema considerato, e quella della individuata unitarietà dello sviluppo concettuale sulla materia, possono lasciare perplessi, se raffrontati con quella che può essere detta una costante della letteratura più recente in argomento: il rilievo, cioè, delle profonde e radicali modificazioni che si sarebbero registrate nella interpretazione, soprattutto in quella giurisprudenziale, della regola della giurisdizione attribuita al giudice ordinario, la quale si trova formulata nella legge del 1865; modificazioni, le quali avrebbero portato ad un arretramento della

linea di confine della giurisdizione stessa<sup>(144)</sup>. Queste perplessità, poi, aumentano notevolmente, se i rilievi che precedono vengono raffrontati ad un dato di fatto di per sé indiscutibile, che di quell'atteggiamento dottrinale costituisce il più forte sostegno, e in funzione della cui spiegazione, anzi, la letteratura ricordata si pone: l'estensione incomparabilmente minore che presenta oggi l'area di controversie tra privato e Amministrazione, sulla quale il giudice ordinario afferma oggi la propria giurisdizione, rispetto a quella corrispondente di cento anni fa. L'evoluzione attraverso la quale si è passati da una situazione all'altra, nell'arco di un secolo, non è certo rettilinea, ma, come è normale in sviluppi di questo genere, ha conosciuto accelerazioni e rallentamenti, e talvolta perfino temporanee inversioni di direzione<sup>(145)</sup>; ma non vi è dubbio che la riduzione indicata sussista, e che sia il prodotto di una evoluzione che, considerata complessivamente nel suo tempo lungo, si presenta con caratteri di gradualità, se non addirittura di progressione<sup>(146)</sup>.

Senza altro quanto qui sostenuto deve essere conciliato con l'elemento incontestabile che si è accennato, a pena di una perdita di validità dell'intero ragionamento proposto; in altre parole, è necessario conciliare l'affermazione della sostanziale costanza di interpretazione della legge del 1865, con la riduzione sicuramente avvenuta in cento anni dell'oggetto della giurisdizione del giudice ordinario: ciò è possibile solo dimostrando che quella riduzione si è prodotta per cause diverse da un mutamento della definizione generale del limite della giurisdizione in parola.

La conciliazione accennata pare che possa essere tentata, ponendo a base del ragionamento il richiamo del concetto che si

<sup>(144)</sup> Cfr. soprattutto l'analisi di CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 79 e ss.

Più recentemente, cfr. le considerazioni di GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 272 e ss.

<sup>(145)</sup> Cfr., nel primo capitolo, la nota 120.

<sup>(146)</sup> Cfr. le considerazioni conclusive del paragrafo 9, alla fine del primo capitolo.

è cercato di sostenere nel presente lavoro: ossia, che i limiti della giurisdizione del giudice ordinario coincidono con i limiti stessi della sfera giuridica, del diritto soggettivo del privato, nei confronti della sfera giuridica, del potere dell'Amministrazione. Questo rilievo fa intravedere la possibilità che il maggiore e più potente fattore di modificazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario debba essere individuato non già sul piano processuale, dove esso si rifletterebbe soltanto, ma bensì su quello sostanziale, della concreta disciplina dei rapporti tra soggetto privato e soggetto pubblico; quel rilievo, cioè, fa intravedere la possibilità che la giurisdizione del giudice ordinario si sia ristretta nel quadro di una sostanziale costanza di interpretazione dell'articolo 2 della legge del 1865, in seguito ad una modificazione della definizione di molti di quelli che un secolo fa erano intesi come diritti soggettivi del privato, e ad un loro affievolimento in interessi legittimi <sup>(147)</sup>, o comunque in posizioni che si esauriscono entro l'ambito della sfera giuridica dell'Amministrazione <sup>(148)</sup>.

Prima di proseguire in questa direzione, peraltro, è necessario valutare meglio la portata dell'art. 2 in esame: è necessario accertare, cioè, se veramente tale norma sia meramente processuale, oppure se per avventura essa, oltre al suo ovvio contenuto processuale, in quanto disposizione attribuitiva della giurisdizione

<sup>(147)</sup> Cfr. DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 42 e ss., per l'affermazione che il significato della formula diritto civile o politico utilizzata dal legislatore del 1865 non deve intendersi definitivamente cristallizzato, ma, al contrario, suscettibile di evoluzione.

Cfr. anche ugualmente, ivi, le considerazioni relative all'evoluzione che tale significato avrebbe effettivamente avuto. Da notare, peraltro, che DELFINO pone alla base di essa una serie di cause, dando il massimo rilievo ai mutamenti di valore dei concetti generali di diritto soggettivo e di interesse legittimo; nel presente lavoro, viceversa (v. il paragrafo che segue), pare preferibile la tesi che la riduzione dell'area degli interessi garantiti come diritti soggettivi pieni, e quindi tutelati dal giudice ordinario, debba essere attribuita soprattutto ai cambiamenti della disciplina legislativa, o dell'interpretazione di questa, dei singoli rapporti sostanziali tra Amministrazione e altri soggetti.

<sup>(148)</sup> Cfr. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, cit., in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, pag. 11, pag. 16.

di un giudice, abbia anche una portata sul piano sostanziale, concorrendo in modo diretto o indiretto alla definizione della situazione giuridica che nell'esercizio di quella giurisdizione trova tutela.

Non vi è dubbio che la prima soluzione, quella restrittiva al piano processuale del valore della disposizione che si esamina, sarebbe quella più favorevole alla tesi qui sostenuta perché permetterebbe di considerare senz'altro ogni e qualsiasi mutamento della disciplina del rapporto sostanziale tra privato e Amministrazione, del tutto sganciato dall'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione del giudice ordinario, e dalle sue modificazioni: perciò, ove tale soluzione dovesse essere respinta, sarebbe necessario indagare se l'individuata incidenza sostanziale della norma stessa, sia compatibile con quella varietà di atteggiamento del rapporto amministrativo di oggi, rispetto a quello di cento anni fa, che è richiesto dalla negazione di un nesso essenziale tra riduzione della giurisdizione del giudice ordinario e mutamenti radicali di interpretazione della legge del 1865.

Di recente, è stata autorevolmente sostenuta la tesi restrittiva suddetta; è stato affermato, cioè, che l'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (e il successivo art. 4), sono « ... delle norme solo processuali, le quali non comportavano alcuna *automatica presupposizione* di norme sostanziali <sup>(149)</sup>. Il rilievo pare di grande interesse, ed esso sembra che possa essere accettato, almeno in certi limiti: in limiti, tra l'altro, che si riveleranno sufficienti, come si vedrà, a salvare la validità del ragionamento che si propone. Ciò non toglie che tali limiti esistano, e che per la loro portata sul piano della configurazione generale del rapporto sostanziale tra Amministrazione e privato, meritino di essere precisati: in due sensi distinti, seppur intimamente connessi, infatti, l'art. 2 della legge del 1865

<sup>(149)</sup> GIANNINI, *Discorso generale*, cit., pag. 14; per la tesi della portata solo processuale della norma che si esamina, almeno tendenzialmente, cfr. ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo*, cit., pag. 46.

pare contribuire, e anzi fortemente contribuire alla configurazione suddetta.

Anzitutto, la norma in esame, agganciando la giurisdizione del giudice ordinario all'esistenza di un diritto soggettivo di cui sia titolare il privato « ... ancorché... » (precisa la legge) « ... siano emanati provvedimenti... dell'autorità amministrativa », presuppone che il privato possa vantare situazioni giuridiche che l'ordinamento tutela come veri e propri diritti soggettivi, nei confronti dell'Amministrazione, e dell'Amministrazione in quanto titolare di poteri c.d. d'imperio<sup>(150)</sup>. Che oggi l'oggetto di questa presupposizione possa apparire ovvio e scontato, non è qui posto in discussione; solo, si vuol notare che sarebbe storicamente inesatta una sottovalutazione della portata che ebbe un'affermazione del genere, certamente solo implicita nel testo della norma, ma non per questo meno evidente: si consideri quanto appassionante erano le discussioni in quell'epoca, sulla configurabilità dei diritti in parola, in un paese a noi vicino come la Germania, e sia pure in un ambiente politico e culturale assai diverso; non va dimenticato che la soluzione del problema della giustizia amministrativa, mediante l'istituzione di tribunali amministrativi, invece che per mezzo di un ampliamento della giurisdizione ordinaria, venne appunto giustificato in quella nazione con la difficoltà, e anzi con l'impossibilità, secondo alcuni, di accettare una nozione di diritto soggettivo del privato, contrapposto a poteri pubblicistici dell'Amministrazione, che fosse delineata in modo tale da poter costituire oggetto di tutela giurisdizionale; oggetto di una tutela, cioè, che fosse strutturata in funzione di garanzia dei diritti soggettivi stessi, e non in funzione di garanzia dell'ordinamento oggettivo<sup>(151)</sup>.

Con questo non si vuole negare che, in Italia, prima dell'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministra-

<sup>(150)</sup> Cfr. i rilievi di ANDRIOLI, *Bilancio*, etc., cit., pag. 1624.

<sup>(151)</sup> Cfr. la ricca e dettagliata esposizione del SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 154 e ss.

tivo, fosse possibile la configurazione di diritti soggettivi del privato, nei confronti dell'Amministrazione in quanto titolare dei suoi poteri d'imperio: solo, si vuole affermare di quanto momento sia stata tale norma, per la conferma di quella configurazione, per la preclusione di eventuali contestazioni di essa, e, addirittura, per la sua precisazione e il suo completamento. Una ricostruzione dello sviluppo storico dell'affermazione delle posizioni di diritto soggettivo del privato nei confronti dell'Amministrazione, delle basi della stessa consistenza e vastità del riconoscimento di esse contenuto nella Costituzione vigente, non potrebbe in nessun modo disconoscere il peso che in tale evoluzione ebbe l'affermazione presupposta dall'art. 2 della legge del 1865.

Qui il discorso deve proseguire sino a toccare l'altro aspetto dei riflessi sul piano sostanziale della norma che si esamina: si deve notare, cioè, che essa, attribuendo ai diritti soggettivi dei privati la garanzia dell'autorità giudiziaria ordinaria, rafforza la loro consistenza, e, in ultima analisi, ne definisce meglio il concetto. Evidentemente, nulla sarebbe più fuor di luogo della ripresa in questa sede delle notissime dispute sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, e del ruolo che giuoca la tutela processuale, la sua sola possibilità, nella definizione stessa della nozione di diritto soggettivo; basterà qui notare che la tutela da parte del giudice ordinario pare costituire un elemento essenziale, più che normale, di tale nozione, e ciò specie in un ordinamento, come quello delineato dalla Costituzione vigente, nel quale così importante è il principio affermato dall'art. 24 primo comma di essa, oltre che da altre disposizioni.

Nel quadro più ristretto dei rapporti tra privati e Amministrazione, si può dubitare che possano essere considerati come veri e propri diritti soggettivi dell'uno nei confronti dell'altra, quelle posizioni che non siano garantite dal giudice ordinario: non paia peregrina la domanda se, in assenza di una simile garanzia, sia definibile un concetto di diritto soggettivo nei confronti della Amministrazione, s'intende su un piano generale di configura-

zione del rapporto, e prescindendo dalla sistemazione di specifici settori di relazioni, come quelli attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo <sup>(151-bis)</sup>.

Nei due sensi precisati, dunque, l'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo presenta incidenze che non possono essere considerate come limitate al solo piano processuale, ma che si estendono, al contrario, al piano sostanziale. È vero, peraltro, che su questo secondo piano la portata nella norma in esame attiene, come si è visto, alla configurazione solo in termini generali delle posizioni dei soggetti del rapporto, confermando che interessi del privato possano essere tutelati dall'ordinamento come veri e propri diritti soggettivi, e anzi contribuendo a dare a questi consistenza e precisione di definizione: nulla dice la norma stessa, per contro, circa la effettiva ricorrenza di figure del genere nei singoli concreti rapporti da considerare, tra Amministrazione e privato; meglio: nulla dice essa, se, in un singolo concreto rapporto, l'interesse del privato è tutelato o meno come un diritto soggettivo; in questi limiti deve essere accettata la tesi prima ricordata, che riduce al solo piano processuale il valore dell'art. 2 in questione, e che afferma che questa disposizione non presuppone necessariamente una data disciplina del rapporto sostanziale, piuttosto che un'altra.

Tali limiti, come si era preannunciato, sono sufficienti a salvare la validità della linea di ragionamento che si propone: come è evidente, infatti, la formulazione della norma in parola è del tutto indipendente dall'atteggiarsi dei singoli rapporti tra Amministrazione e privati, e, per questo solo fatto, il valore di essa, in termini generali, rimane immutato anche nei confronti delle modificazioni che eventualmente possano subire la disciplina di quei rapporti. Ciò basta a sostenere la conclusione che è perfettamente possibile una variazione dell'area sulla quale il giudice ordinario afferma la propria giurisdizione, la quale si produca nel

<sup>(151-bis)</sup> Sul punto, cfr. *infra*, nel terzo capitolo, specialmente i paragrafi nn. 20 e 21.

quadro di una interpretazione costante della legge del 1865: è sufficiente che cambi l'atteggiarsi del rapporto sostanziale, in modo tale che il mutamento si rifletta sul piano processuale. In questo ordine di idee, la regola della giurisdizione attribuita al giudice ordinario, così come è formulata nella legge del 1865, presenta, di per sé, una straordinaria elasticità di applicazione; essa può funzionare nei confronti di ordinamenti sostanziali mutati profondamente, e in ogni senso; la regola stessa può costituire il mezzo attraverso il quale le modifiche della disciplina del rapporto sostanziale tra Amministrazione e privati si riflettono processualmente, non solo fino a provocare la riduzione della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, che storicamente si è effettivamente verificata, ma perfino, teoricamente, una maggiore <sup>(152)</sup>, o, al contrario, un ampliamento della giurisdizione stessa.

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 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 giurisdizionalmente competente: la riduzione della questione nella prospettiva della ricostruzione del rapporto sostanziale.* — Per completare il discorso, sarà adesso sufficiente sviluppare due soli punti: precisare quali forme ha dovuto assumere il mutamento dell'atteggiarsi del rapporto sostanziale tra l'Amministrazione e privato, per provocare quelle conseguenze processuali accennate; e indicare i motivi sulla cui base sia possibile affermare che quel

<sup>(152)</sup> Se si imposta il problema della sopravvivenza della giurisdizione del giudice ordinario, su controversie delle quali sia parte l'Amministrazione come soggetto dotato di poteri d'imperio, in relazione al permanere di situazioni giuridiche individuali definibili come diritti soggettivi, pare quanto mai significativa l'affermazione del VACCHELLI (*Difesa giurisdizionale*, cit., pag. 499): per quanto possa estendersi la sfera giuridica pubblica, a danno di quella privata, rimarrà sempre un margine di diritti soggettivi individuali.

mutamento sia in effetti avvenuto, parallelamente alla riduzione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario, e quindi in modo tale da poter essere ragionevolmente ritenuto la causa di questa.

L'argomentazione da svolgere in ordine al primo dei due punti suddetti, balza evidente da quanto si è venuti sin qui dicendo. È chiaro, infatti, che quella modificazione dell'atteggiarsi del rapporto sostanziale, che può spiegare la riduzione suddetta, sarebbe costituita dalla corrispondente riduzione dell'area nella quale l'interesse del privato è tutelato dall'ordinamento come un diritto soggettivo: sarebbe ovviamente interdipendente un correlativo ampliamento dell'area che costituisce oggetto di un potere dell'Amministrazione. Ciò non comporterebbe affatto il venir meno di ogni tutela dell'interesse suddetto del privato, bensì solo il mutamento della collocazione e della natura della norma dalla quale essa deriva: questa norma non sarebbe più una norma che segna il confine tra sfera giuridica dell'Amministrazione e sfera giuridica del privato, una norma di relazione, cioè, ma adesso verrebbe a porsi all'interno della sfera giuridica pubblica, diventando regola di esercizio del potere, e cioè norma di azione; corrispondentemente, le violazioni di essa verrebbero a sfuggire a quel giudice al quale è attribuita la funzione istituzionale di garanzia del rispetto del confine tra sfere giuridiche soggettive.

Non c'è dubbio che la trasformazione della norma che tutela un interesse privato, da norma di relazione a norma di azione, non è una vicenda che rimarrebbe priva di ripercussioni sul valore e sul significato da attribuire a quella tutela medesima. Appare chiaro, infatti, sulla base di quanto sopra osservato, circa la differenziazione dei caratteri tra questi due gruppi di norme, in ordine agli interessi protetti, che nell'un caso l'interesse del privato sarebbe tutelato in sé e per sé, e cioè in modo assoluto, e cioè con esclusione di ogni potere di disporre da parte di un diverso soggetto; mentre, nell'altro caso, l'interesse medesimo verrebbe tutelato solo strumentalmente, come momento e specificazione della tutela che ha per oggetto primario l'interesse pubblico,

che è interno alla funzione amministrativa: in altre parole, l'interesse del privato verrebbe tutelato in sede di disciplina di esercizio di un potere, la cui attribuzione all'Amministrazione è in ragione del perseguimento dell'interesse pubblico suddetto.

Che poi la trasformazione in parola, sotto i profili ora descritti, sia storicamente avvenuta, sembra indubbio: essa corrisponde perfettamente al generale mutamento dei rapporti tra soggetto pubblico e soggetto privato, il quale, anche nella sua formulazione atecnica, è ormai diventato addirittura un luogo comune.

È diventato ormai un luogo comune, cioè, il rilievo che l'attività, i poteri, la sfera giuridica pubblica si sono ampliati, a detrimento dell'attività, dei poteri, della sfera giuridica privata; e che, correlativamente, l'interesse individuale tende ad essere sempre più subordinato a quello collettivo <sup>(153)</sup>.

A queste espressioni, viene dato, di solito, un valore del tutto generico. Di più: questa evoluzione dei rapporti tra l'Amministrazione e privati, pur essendo di per sé indubbia, è in dottrina più affermata in linea di principio, che analizzata e documentata tecnicamente, con la precisazione dei casi e dei profili in cui essa viene a concretarsi, e sotto i quali, dunque, diventa rilevabile.

Ebbene, un angolo visuale, e dei moduli concettuali mediante la cui utilizzazione sembra possibile dare a considerazioni del genere un contenuto più tecnico, paiono essere costituiti proprio da quelli che si è cercato di sviluppare nel corso del presente lavoro. Si può cominciare con l'osservare, infatti, che in tale ordine di idee, quelle affermazioni sopra ricordate, il cui significato è parso per lo più generico, vengono ad acquistare un più rigoroso valore dogmatico: l'ampliamento, incontestabile, dell'attività pubblica, presuppone un ampliamento di quei poteri giuridici, dei quali l'attività stessa costituisce l'esplicazione, secondo quei nessi concettuali che si sono sopra richiamati; e tale ampliamento dei

<sup>(153)</sup> La generale constatazione del fenomeno rende superfluo l'appoggio al testo mediante riferimenti bibliografici. Per recenti considerazioni sull'argomento, in collegamento col problema della giurisdizione del giudice ordinario, cfr. peraltro DELFINO, *L'eccesso di potere*, etc., cit., pagg. 9 e ss.



poteri giuridici dell'Amministrazione, comporta, a sua volta, un ampliamento della sfera giuridica di questa, intendendo, con tale termine, l'insieme dei poteri, delle situazioni giuridiche che l'ordinamento attribuisce al soggetto pubblico. Naturalmente, il discorso può essere proseguito in questa direzione, richiamando ancora nozioni che si sono in precedenza accennate, e rilevando, dunque, che, alla base di questo ampliamento, vi è uno sviluppo della capacità giuridica, e quindi della personalità giuridica di cui questa è misura, del soggetto pubblico medesimo: questa pare essere la formula più tecnica per rappresentare quell'ampliamento del ruolo che l'ordinamento giuridico attribuisce all'Amministrazione, il quale è generalmente riconosciuto. Ma, soprattutto, qui preme porre il rilievo come anche secondo questo ordine di idee, si arrivi pure ad un altro dei risultati che si erano sopra ipotizzati e descritti: si arrivi, cioè, alla corrispondente trasformazione della tutela dell'interesse individuale, da esterna alla funzione amministrativa, e quindi da limite di questa, a interna a tale funzione, e quindi a aspetto e specificazione della disciplina del suo esercizio <sup>(154)</sup>.

Sembra che i dati che si sono raccolti siano sufficienti a giustificare ragionevolmente la conclusione, che le modificazioni che nel corso di un secolo ha subito il panorama dei rapporti sostanziali tra Amministrazione e privati, spieghino abbastanza persuasivamente, di per sé, la riduzione dell'area sulla quale il giudice ordinario afferma la propria giurisdizione. Con ciò non si vuole escludere che anche l'interpretazione della norma regolatrice di questa giurisdizione, possa aver subito, da parte sua, qualche mutamento; solo, si vuole affermare che mutamenti del genere non hanno svolto un ruolo essenziale, sono perciò da considerarsi come relativamente secondari, e non costituiscono quindi

<sup>(154)</sup> Naturalmente, ciò sia detto semplificando notevolmente, e cogliendo sotto il profilo che qui più preme, un fenomeno assai ricco e complesso: cfr. le acute considerazioni di Nicro, *Problemi veri e falsi*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1819 e ss.

ostacolo, all'accettazione della tesi della sostanziale costanza e unitarietà dello sviluppo dell'interpretazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Si possono, adesso, svolgere alcune considerazioni finali, in ordine a tale sviluppo. Pare che, in definitiva, la dottrina la quale ha posto al centro dell'attenzione le modificazioni che avrebbe subito l'interpretazione della legge in parola, abbia compiuto una specie di panprocessualizzazione del problema: abbia cercato, cioè, nella interpretazione della norma attributiva della giurisdizione del giudice ordinario, risposte sui motivi della riduzione di questa giurisdizione, che sembra debbano essere cercate *aliunde*, ossia dalla trasformazione dell'atteggiarsi del rapporto sostanziale. Questo rilievo comporta qualcosa di più che una correzione della impostazione dominante: esso implica anche dei dubbi, circa una commistione di elementi meramente processuali e di elementi sostanziali, che da questa possono discendere anche sotto un diverso profilo. La dottrina dominante è, in buona parte, fortemente critica della riduzione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario, che si è avuta, soprattutto attraverso l'utilizzazione del modulo concettuale della contrapposizione della contestazione dell'esistenza del potere, a quella della legittimità del suo esercizio: contrapposizione che è affermata e utilizzata correntemente dalla giurisprudenza, e che appare giustificata dall'angolo visuale proposto dal presente lavoro. Ora, non si può escludere la supposizione che la critica che viene rivolta alla sottrazione alla giurisdizione del giudice ordinario, della lesione di una serie di posizioni del privato, in realtà, consapevolmente o meno, abbia per oggetto, in primo luogo, il presupposto ovvio dell'orientamento giurisprudenziale del quale si discorre: ossia, che tali posizioni non sono di diritto soggettivo; o, meglio, nella prospettiva dello sviluppo storico, che tali posizioni non sono più di diritto soggettivo. Nei limiti nei quali questa supposizione si rivelasse fondata, una conseguenza si imporrebbe da sola: la critica che è propria di parte della dottrina dominante, dovrebbe essere da questa rivolta non già alla

individuazione del giudice giurisdizionalmente competente operata dalla giurisprudenza, bensì alla disciplina del rapporto sostanziale che la giurisprudenza medesima ricostruisce, o quanto meno accetta, come presupposto di essa. Ma anche se si ritenesse inesatto questo dubbio che la critica dell'aspetto processuale celi, in realtà, un dissenso dalla giurisprudenza in sede di precisazione della disciplina del rapporto sostanziale, il punto che è emerso in precedenza deve rimanere comunque fermo: solo attraverso una modificazione di questa disciplina, e cioè mediante una riespansione delle posizioni di diritto soggettivo, sarebbe possibile ottenere una riespansione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario; e chi ritiene giustificata la riespansione di questa area, non può non sostenere la diversa disciplina del rapporto sostanziale che essa inevitabilmente presuppone, metta o non metta comunque al centro del problema, gli aspetti propri di quella disciplina medesima<sup>(155)</sup>.

Le implicazioni della diversa impostazione che si viene proponendo non si fermano qui: essa, infatti, ha una influenza che non è limitata alla ricostruzione dello sviluppo storico del problema, ma che si estende anche alla precisazione dei termini attuali di questo. Il suo suggerimento in proposito è evidente: per individuare in relazione ad una concreta fattispecie il giudice giurisdizionalmente competente, alla discussione sull'interpretazione da dare alla regola della giurisdizione, è necessario sostituire in modo esclusivo la ricostruzione dei caratteri del rapporto; l'interpretazione della regola della giurisdizione può offrire solo i parametri alla cui stregua giudicare di questi caratteri, attraverso le alternative di diritto del privato - potere dell'Amministrazione, norma di relazione (di esistenza) - norma di azione, tutela assoluta

<sup>(155)</sup> È in questo ordine di idee, sembra, che deve essere apprezzata l'opinione del CAMMEO, *Corso*, cit., pag. 358, secondo la quale il sindacato sul decreto di esproprio che non osservasse i modi, le forme e i limiti dell'espropriazione, appartiene al sindacato del giudice ordinario (cfr. ivi, le citazioni della giurisprudenza oscillante).

- tutela interna alla funzione. Anche sotto questo profilo, merita di essere posto in rilievo l'atteggiamento della giurisprudenza, assai più concreto di quello della dottrina; scorrendo le sentenze e le decisioni, si ha la netta sensazione che la giurisprudenza stessa consideri in larga parte superate le dispute sulla regola della giurisdizione, e concentri l'attenzione sulla disciplina del rapporto sostanziale<sup>(156)</sup>.

Come esempio di applicazione della impostazione proposta, si può prendere una delle questioni più note di determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, che siano state decise dalla giurisprudenza di questi anni; questione, per la cui soluzione si sono avute notevoli incertezze, e anzi un nettissimo contrasto tra Cassazione come giudice delle giurisdizioni e Consiglio di Stato: quella relativa alla espropriazione del c.d. comparto edificatorio, che sia intervenuta senza che venisse rivolto ai privati proprietari il previo invito a procedere loro direttamente alla edificazione o ricostruzione dell'area. Non si vuole qui entrare nel merito della questione stessa: non importa, infatti, accertare in questa sede se sia più esatta la soluzione affermata dalla Cassazione<sup>(157)</sup>, della giurisdizione del giudice ordinario, o quella sostenuta dal Consiglio di Stato<sup>(158)</sup>, della giurisdizione del giudice amministrativo. È infatti sufficiente osservare come la vera ricerca della soluzione del problema cominci solo quando, superata su un piano generale ogni questione relativa all'effetto c.d. di degra-

<sup>(156)</sup> Cfr. le precise considerazioni di GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pag. 90.

<sup>(157)</sup> Cfr. la sentenza 19 ottobre 1962, n. 3047, in *Foro it.*, 1963, I, 559, con nota di richiami.

<sup>(158)</sup> Cfr. la decisione della Sez. IV, 26 aprile 1961, n. 252, in *Foro it.*, 1962, III, 68, con nota di richiami anche di dottrina.

Sulla vicenda, cfr. SANDULLI, *Espropriazione per la edificazione di comparti di piano regolatore e competenza giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 223, nonché la nota della direzione *Sulla posizione soggettiva dei proprietari di immobili soggetti a trasformazione per l'attuazione dei piani regolatori*, in *Riv. giur. edilizia*, 1958, I, pagg. 51 e ss.

Cfr. anche GIANNINI, *Discorso generale*, etc., cit., pag. 83.

dazione che scaturirebbe o meno da un atto amministrativo imperativo, e simili, si affronti la ricostruzione dei caratteri del concreto rapporto. Per poter sostenere la soluzione affermata dalla Cassazione, è necessario arrivare alla conclusione che l'interesse a costruire del privato sia tutelato dall'ordinamento in modo assoluto, e quindi con l'esclusione di ogni potere dell'Amministrazione; il potere di questa, perciò, di assicurare la unitarietà di costruzione o di ricostruzione del comparto, troverebbe un insuperabile limite di esistenza nella esistenza del diritto a costruire del proprietario. La soluzione della giurisdizione del giudice amministrativo, viceversa, presuppone chiaramente che il potere dell'Amministrazione di assicurare la costruzione unitaria, venga delineato come la situazione giuridica primaria e assorbente nella materia, evidentemente perché primario e assorbente nella materia è stato ritenuto dal legislatore l'interesse pubblico correlativo; discende da ciò che l'interesse del proprietario a costruire venga tutelato solo funzionalmente, nell'ambito dell'oggetto del potere dell'Amministrazione, e quindi mediante la disciplina dell'esercizio di questo. Risultano anche chiare quelle implicazioni alle quali si è sopra accennato, della attribuzione di un potere e di un diritto, e dei loro limiti, in ordine alla capacità giuridica, al ruolo che l'ordinamento attribuisce ai soggetti del rapporto: è ovvio, infatti, che, secondo che si accolga l'una o l'altra soluzione, all'Amministrazione, per dirla con un linguaggio atecnico, ma ciò nonostante espressivo, e comunque intuitivamente traducibile in termini dogmaticamente rigorosi, viene attribuito un ruolo meramente sostitutivo di una iniziativa privata in ipotesi carente, oppure assolutamente primario e autonomo, sia pure senza esclusione di una eventuale utilizzazione strumentale di questa iniziativa stessa.

### CAPITOLO TERZO

## GIURISDIZIONE ORDINARIA E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA: CONCLUSIONI E PROPOSTE

SOMMARIO: 20. 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. — 21. 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. — 22. Il valore del mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica Amministrazione e nei suoi ristretti limiti attuali. La 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. — 23. I presupposti per un ampliamento ed 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. — 24. Le ragioni costituzionali dell'ampliamento del ruolo del giudice amministrativo. Il profilo del soddisfacimento dell'esigenza di tutela giurisdizionale. Il ricorso giurisdizionale amministrativo come mezzo di partecipazione 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. — 25. La neces-