

ALBERTO ROMANO

I.G.

GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA  
E LIMITI DELLA GIURISDIZIONE ORDINARIA



ISTITUTO GIURIDICO  
DELL'UNIVERSITÀ - TORINO  
INVESTIRE S.R.L. 1978



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1978



7. Qual sia il campo della giurisdizione del giudice ordinario e la disciplina del fatto amministrativo, con rapporto alla teoria di questo, l'attribuzione del fatto amministrativo non sottoposto alla vigilanza dell'interesse legittimo in un punto di vista qualitativo, perché non fa riferimento alla legge di una situazione giuridica soggettiva, tanto meno di una situazione giuridica del privato; e oppure in un punto di vista quantitativo, perché non fa ogni norma di norme sottostanti ad interesse legittimo. Fanno eccezione: a) nel rapporto tra norme di norme e interesse legittimo, la legittimazione al diritto giurisdizionale amministrativo, la protezione della definizione dell'oggetto del giudizio davanti al giudice amministrativo, il fatto della decadenza della giurisdizione del giudice ordinario, la quale, però, deve essere esclusa indipendentemente da esse . . . . . 76
8. La necessità di valutare in termini di situazione giuridica soggettiva la circostanza determinante della giurisdizione del giudice ordinario, il diritto del privato ha per limite il controllo diretto dell'amministrazione . . . . . 79
9. La stessa limitazione del diritto del privato nei confronti dell'amministrazione; la funzione del giudice ordinario, di tutela del rispetto della legge e contro che opera l'una situazione giuridica soggettiva dell'altro . . . . . 101

## CONTENUTO

POTERE GIURISDIZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE  
E DIRITTO SOGGETTIVO DEL PRIVATO

10. Il primo profilo di approfondimento: i 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 Bonetti-Bonatti . . . . . 114
11. Super: l'atto amministrativo, che, nel diritto soggettivo del privato, è al centro del sistema della legge elettorale del contenuto amministrativo, come espressione di una situazione giuridica dell'amministrazione, che è qualificabile come un potere giuridico; il limite esclusivo del diritto soggettivo del privato e del potere giuridico dell'amministrazione . . . . . 121
12. Il secondo profilo di approfondimento: la distinzione tra le norme di contenuto e le norme di norme; il profilo di differenziazione basato sul tema della prova nei processi privati, e della norma con l'interesse pubblico. La possibilità di collegamento anche di norme di norme con interessi privati è problema della collegialità dell'interesse legittimo interesse legittimo e processo amministrativo: ossia il rapporto tra interesse legittimo e norme di norme; la struttura della tutela di tale interesse di parte di norme di questo tipo. La norma di norme come norma di disciplina di conflitto sottoposti di norme . . . . . 122

13. Super: il profilo di differenziazione basato sul tema tra le strutture giuridiche del rapporto del rapporto; la norma di norme come la prova che determina il limite esclusivo di tali situazioni, e la norma di norme come la norma stessa alla quale giurisdizione dell'amministrazione; che siano del fatto del potere dell'amministrazione non sottostanti alla nozione di fatto soggettivo del privato, con rapporto classificatorio della norma di norme, sulla più vasta categoria della norma che determinano i limiti di esclusione di quel potere . . . . . 123
14. Super: il contenuto della norma di norme del privato e quella della norma di norme; il collegamento della prova con la determinazione degli elementi essenziali dell'atto; il tema con il problema della invalidità dell'atto amministrativo . . . . . 125
15. Super: il giudice ordinario come il giudice del rispetto della norma di norme; possibilità che la sua giurisdizione si estenda anche al controllo del rispetto della altra norma di norme . . . . . 126
16. Il terzo profilo di approfondimento: l'ambito dell'operato nella quale il controllo del potere dell'amministrazione è la disciplina del diritto del privato; il potere di controllo; l'impossibilità della costituzione di una nozione vera del potere dell'amministrazione e del diritto del privato; la disciplina della pubblica attività come il tema esclusivo del potere di controllo e oggetto legittimo del diritto di controllo; la relatività della situazione giuridica . . . . . 130
17. Super: la teoria della c.d. legittimità dell'atto amministrativo; ossia: l'ambiguità del concetto tanto nell'operato nella quale l'atto amministrativo sia valido, quanto nell'operato nella quale l'atto amministrativo sia invalido; la teoria della c.d. legittimità nei limiti soggettivi; la sua inapplicabilità e spiega la sostanza della giurisdizione del giudice ordinario, il suo carattere amministrativo che deve dipendere di un diritto soggettivo del privato, con linea della nozione amministrativa soggettiva; nel controllo di un atto amministrativo che si verifica di un potere esclusivo dell'amministrazione, la posizione del privato gli la persona non può sottrarsi come un diritto soggettivo; fatto esclusivo oltre i limiti di esclusione del potere giurisdizionale dell'amministrazione . . . . . 133
18. La sostanziale natura dell'interpretazione della regola della giurisdizione del giudice ordinario deriva dalla legge elettorale del contenuto amministrativo; il contenuto di questa interpretazione con la prospettiva relativa del fatto di giurisdizione del giudice ordinario; i limiti processuali della nozione della disciplina del rapporto amministrativo; le implicazioni essenziali della legge elettorale del contenuto amministrativo; tale legge, connessa con rapporto tra prova esclusiva del rapporto amministrativo . . . . . 135
19. La modificazione della disciplina del rapporto amministrativo tra amministrativo e privato da una interpretazione della legge elettorale del contenuto amministrativo al oggi, una spiega la situazione dell'atto di giurisdizione

Del grado ordinario, concernenti alla generale organizzazione del Tribunale nei confronti temporanei della legge della giurisdizione del grado ordinario, nei confronti della istituzione del grado superiore: la riforma della giustizia nella prospettiva della ricezione del patto sociale . . . . .	249
---	-----

## CARTA 1980

GIURISPRUDENZA ORDINARIA E GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA:  
CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

1. La proposta di riforma dell'attuale sistema di giustizia amministrativa. Il  
mantenimento della ripartizione delle giurisdizioni nei confronti della  
pubblica Amministrazione, ponendo una significativa compatibilità delle  
attività giurisdizionali dell'Ussr e dell'Ussr. L'attuale sistema appropria-  
tamente è quanto esposto nel rapporto in una letteratura molto  
recente e rilevante. Nota . . . . . 252
2. Il significato di una riforma che riduca al grado ordinario la parte del  
diritti soggetti nei confronti della pubblica Amministrazione: la riforma  
dell'ordinamento attuale che la Stato di diritto sono in fatto un  
certo sostanziale. Le implicazioni costituzionali. Le conseguenze  
pratiche alle quali si legge l'attuale ripartizione di giurisdizioni. Non devono  
essere dimenticati nel punto della generale dibattito dell'amministra-  
zione della giustizia in Italia. Una immagine possa essere diretta  
all'azione del sistema sono un tale valore sostanziale . . . . . 272
3. Il valore del mantenimento della giurisdizione del grado ordinario nei  
contorni della pubblica Amministrazione nei suoi diversi limiti attuali.  
La possibilità di una ampliamento fatto. I diritti che devono essere  
mantenuti ai limiti del grado dell'attuale del valore sostanziale. Il  
mantenimento dei diritti di un sostanziale sistema . . . . . 285
4. I presupposti per un ampliamento e una rivisitazione del ruolo del grado  
ordinario. Il rapporto del diritto di sistema di sostanziale del  
fatto amministrativo e la riforma dell'amministrazione e tutte compa-  
rimenti specifici. La riforma di riferimento di un progetto, nella  
visione della riforma nei pubblici Amministrazione e privati. Il  
mantenimento della giurisdizione del grado ordinario sono previsti di  
attività giurisdizionali funzione amministrativa sono diritti, nella parte  
appena possibile una revisione della giurisdizione del grado ordi-  
nario che mantenga una struttura dei suoi aspetti specifici e dunque  
la parte differenziale sempre più della parte . . . . . 295
5. Le ragioni costituzionali dell'ampliamento del ruolo del grado ordi-  
nario. Il ruolo del sostanziale della riforma di ruolo giurisdizionale.  
Il ruolo giurisdizionale amministrativo come parte di principio

sono all'attività amministrativa. L'attuale visione del processo sono diretta degli organi che servono appunto sostanzialmente gli aspetti di ruolo giurisdizionale. Le ragioni sostanziali di tale ampliamento del ruolo di ruolo della struttura della parte. L'ampliamento del ruolo del grado, e della legge della quale un sostanziale ampliamento . . . . .	299
---	-----

6. La riforma dell'ampliamento degli organi ordinari e degli atti  
amministrativi applicabili nel processo amministrativo. La riforma dell'attuale  
struttura della riforma di riforma legislativa. Le sue difficoltà e i suoi  
limiti. La proposta di riforma in riferimento del processo amministrativo  
sono previste di ruolo del ruolo dei atti amministrativi. I limiti  
previdi di tale ampliamento e gli strumenti che sono oggi previsti.  
La conseguenza sostanziale dei punti specifici della giurisdizione am-  
ministrativa, il ruolo alla quale riferisce la sua legge di ruolo la giu-  
risprudenza ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione . . . . . 305

## CAPITOLO PRIMO

### L'IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA E LA SUA SOLUZIONE DI PRINCIPIO

**Sommario.** 1. Costituzione tripartita; la giurisdizione amministrativa si iscrive in un sistema, lo cui linea direttrice non scende dalla legge abdicata del costituzionale amministrativo. — 2. Il sistema ha come il giudice amministrativo, e quello relativo; la sede del legislatore italiano: il suo valore ideologico, e le sue norme, in ordine alla tutela contro le illegittimità amministrative, non sfidano la validità di diritti soggetti ad attacco. — 3. L'abolizione della quota fissa del Consiglio di Stato non completamente della legge del 1923, non eliminava del principio Ruffini, secondo il quale il giudice ordinario è il secondo giudice dei diritti del privato nei confronti dell'amministrazione; vengono invece a delimitare i limiti della giurisdizione amministrativa con la linea relativa con la giurisdizione del giudice ordinario, con tutto i limiti di quello che è questo giurisdizione stesso sistema. — 4. L'origine di fatto, in via preliminare, la natura stessa della giurisdizione del giudice ordinario della legge del 1923, l'insospettabilità di delimitare nel sistema le relazioni e strutture giuridiche del privato. — 5. La natura di delimitare il sistema sempre quel che è sempre nella giurisdizione del giudice ordinario, e quel che è tale giurisdizione stessa; la base per la stessa di delimitare sempre è offerta dalla natura dell'atto amministrativo, che è il centro del sistema della legge abdicata del costituzionale amministrativo, struttura in funzione di tutela di poteri privati nei confronti di uno lo rende giurisdizionale e lo (spiega) dell'atto amministrativo. — 6. Da un punto di vista obiettivo, la giurisdizione del giudice ordinario su questi diritti in relazione al concetto di illegalità dell'atto amministrativo; addirittura di punto, si deve distinguere tra relazioni di natura che rendono diritti soggetti del privato, e relazioni di natura che rendono un punto giurisdizionale, la struttura della responsabilità del Governante in ordine di relazioni e norme di natura. — 7. Quel che sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario è la illegittimità dell'atto amministrativo, sottoposto alle norme di questo; l'illegittimità dell'atto amministrativo non sottopone alla validità dell'interesse legittimo da un punto di vista qualitativo, perché non lo riferisce alla lesione di una situazione giuridica soggettiva, non come di una situazione giuridica del privato; e sempre da un punto di vista quantitativo, perché non da ogni modo di natura naturale su interesse legittimo. Prima manifestazione sul soggetto tra norme di natura e interesse legittimo; la legittimità di questo giurisdizionale amministrativo. La differenza della delimitazione dell'oggetto del giudice

fronti al giudice amministrativo, e nei fatti determinazioni della giurisdizione del giudice ordinario, in grado, quindi, forse anche delibata indipendentemente da esso. — 8. La necessità di trattare in termini di situazioni giuridiche negative le accertate deviazioni della giurisdizione del giudice ordinario, il diritto del privato in per legge il controllo delle Amministrazioni. — 9. Le norme regolatorie del diritto del privato nei quelle dell'Amministrazione; le funzioni del giudice ordinario, di tutela del rispetto della linea di confine che separa l'uno situazione giuridica negativa dell'altro.

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

supervolmente legate dalla dottrina di un tempo a concetti globali del rapporto tra Stato e cittadino; anche per questo, forse, non paiono pure meno fertili, almeno presumibilmente, di riforme tanto profonde, durevoli, e organicamente realizzate, come quella di un secolo fa (1).

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

(1) Per ciò è altrettanto vero la dottrina lo vuole, nel caso di più di un secolo, si è essa basata sull'ipotesi, che è particolarmente vera nella letteratura recente in proposito. Paremi che appieno se dell'idea il presente libro non sia lungo solo di metri, di quali si avrà sempre cura, e che almeno stati nella convinzione di una, e persino indotto per un altro secolo, anzi, che posso perfettamente significarsi per la complessità del lavoro nel quale si hanno una analoga i problemi relativi al caso. Nota, intanto la giustizia amministrativa, in base del sistema ordinario del contenzioso delle leggi emanate in relazione, ed. La giustizia amministrativa, v. I, 1913, pagg. 1 e 2. Qualche nota in Riv. dir. proc., 1945, pagg. 1 e 2, ed. 1946. Fanno a prova della giustizia amministrativa in Italia; GAZZONI, Il nuovo governo della giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 1946 (nella seconda annualità di questa rivista, l'indice viene dalla pagina di ricerca all'anno); ARONCA, Elementi della legge 20 marzo 1947, n. 284, art. 2, in Riv. dir. proc., 1947, pagg. 1422 e 2; anche le appunti sul dell'ordinamento del diritto Giustizia amministrativa, di Novati, ed. XIX, Milano 1974, pagg. 103 e 2; Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nel confronti della pubblica Amministrazione, di GIANNI-FRANCO, del, pagg. 223 e 24; Giurisdizione (ordine) di COMAS-FARINATI, del, pagg. 292 e 21, anche di questi stessi autori, *Avvenire (della giustizia amministrativa)*, ed. XIII, Milano 1974, pagg. 1 e 2.

Or, inoltre, per una analisi del problema della giustizia amministrativa come in una prospettiva di giustizia ordinaria; SERRAVALLE, Note a tutti nell'ordinamento amministrativo italiano, in Riv. dir. proc., cit., ed. L'ordinamento amministrativo italiano e i suoi protagonisti, pagg. 68 e 2, specialmente pagg. 70, 71 e 72 e 2.

Tutti gli nomi indicati, tranne, sono stati di effetto e il titolo di loro stesso, al quale si tratta per loro.

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

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

Tale sistema, in realtà, come tutti sanno, si è venuto formando in una maniera graduale: mediante l'emissione di una serie di leggi, ciascuna delle quali, ed è questo l'aspetto di maggiore importanza, ha trovato la sua stessa ragione d'essere nella particolare situazione normativa, e nelle sue lacune; inoltre, ognuna di esse era condizionata nella sua formulazione, dal quadro costituzionale che poteva offrire la dottrina della sua epoca<sup>(1)</sup>. È intuitivo che l'interposto debba ripercorrere il cammino compiuto dal legislatore; ma ciò esclude proprio che esso possa battere la strada generalmente indicata: ma ciò esclude proprio che la ricostruzione del sistema vigente possa venire tentata partendo

(1) Nel mutamento delle formulazioni legislative di quelle costituzionali viene della dottrina all'epoca della emanazione della norma, ed è in considerazione che abbiano avuto ragione di sviluppo in altre norme. Non in caso di dubbio, in *Rev. scien. dir. priv.*, 1944, pag. 215 e ss. Il rilievo di tale mutamento costituirà un motivo più di una volta rilevante nel corso del presente lavoro.

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

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

(2) Cf. BENVENISTE, *ibid.*, op. cit., pagg. 57 e ss.

Questo primissimo della legge del 1865 deriva direttamente dal vigoroso rapporto che la legarono al suo nascere e una sostanziale esaltata sostanziale: a quelle ideologie di fondo, della conoscenza in senso proprio liberale, alle teoriche, allora nuove, dello Stato di diritto, che in essa trovarono appunto la maggiore espressione; che con essa, soprattutto, trovarono la più incisiva e radicale realizzazione, mediante l'affermazione del principio che anche l'Amministrazione, nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, è sottoposta al sindacato della giurisdizione ordinaria.

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

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

(\*) Per una relazione per così dire diretta del significato e del valore della legge del 1865, cf. Giannini-Picci, *Giurisdizione amministrativa*, cit., cit., pag. 231 e ss.

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

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

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

Se si tiene conto di una prospettiva strettamente concreta, peraltro, ogni incertezza al riguardo si dissolvono: non c'è dubbio

(\*) Nell'agibilità della formula dell'art. 1 della legge del 1865 a due oggetti e a diversi venivano in gioco, il cui carattere e significato in più di una mai è probabilmente stato, cf. Giannini-Picci, *loc. cit.*, pag. 23; nel problema di più diffusamente, infra, i paragrafi n. 11 e 12.

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

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

Il discorso deve prendere le mosse dal precedente citato, circa il valore basilare della valutazione del significato della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Come tutto esto, il legislatore del 1863, nell'introdurre il dinanziamento della disciplina del contenzioso tra Amministrazione e privati, anche in funzione dell'adattamento dei sistemi preesistenti nelle varie parti d'Italia alla formazione dello Stato nazionale unitario, aveva di fronte gli esempi delle due maggiori nazioni continentali. Assorbito, il sistema francese, in linea di principio a noi il più vicino, per le ovvie ragioni storiche a tutti note: in esso, come si sa, le funzioni di giudice dell'Amministrazione erano attribuite ad un organo dell'Amministrazione stessa. In secondo luogo, quella tedesca, nel quale era attribuita a speciali tribunali amministrativi, il sindacato in ordine ad un complesso di controversie tra Amministrazione e privati, complesso, e anche questa è un tratto caratteristico, che era più precisamente attraverso lunghe enumerazioni di materia, che definito per criteri generali (\*\*).

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

(\*\*) Ciononostante, la nuova legge 6 dicembre 1871, n. 1034, relativa ad alcuni tribunali amministrativi soppressi, ha come suo intento il formalismo della legge sulla giurisdizione che può essere richiamata a tal punto e con analoghi precedenti: le potestà amministrative attribuite a P. Berni, Giurisdizione ordinaria e amministrativa nella legge 6 dicembre 1871, n. 1034, in *Il dir. pubbl. della Regione*, 1972, I, pag. 48.

ria. In Germania, per contro, mancarono spinte altrettanto irresistibili a favore di una soluzione del problema del contenzioso amministrativo, che rimase invece, per così dire, all'Amministrazione stessa; pure, in questo paese vi fu un ostacolo assai rilevante alla estensione pura e semplice della giurisdizione dei giudici ordinari: la ritrosia e dellinca in certi termini di diritto oggettivo, il rapporto sostanziale tra privato e Amministrazione.

In Italia, nel quadro di una situazione e di uno sviluppo storici completamente diversi, non esistevano quei fattori che avevano così prepotentemente marcato il fermarsi del sistema di giustizia amministrativa negli altri paesi. Perciò, il legislatore del 1865 ebbe la possibilità di scegliere una terza alternativa, che poteva contare il sempre ricordato precedente del sistema belga<sup>(1)</sup>; la sottoposizione, almeno in linea di principio, delle controversie tra Amministrazione e privati, a quei modesti tribunali civili che esercitano in via ordinaria la funzione giurisdizionale<sup>(2)</sup>; poté scegliere, così, l'alternativa che appariva come

(1) Cfr. post. BREVETTI, *ibid.*, cit., pagg. 111 e ss., sulla diversa evoluzione che il sistema ebbe in Belgio, rispetto a quello che poi seguì in Italia. In generale, sulla giustizia amministrativa in Belgio, cfr. anche il libro di G. DE WILDE, *La justice administrative en Belgique*, Bruxelles 1934, pag. 91 e ss.; VONNEMAN, *Über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Belgien*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, dir. F. K. OLSCHKI, vol. III, pag. 240 e ss.; e successivamente, cfr. PIZZANI, *La distribuzione tra diritto e processo nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in onore del professor G. DE WILDE*, Roma 1932, vol. II, pagg. 117 e ss., e, sulla stessa materia più recente, cfr. BREVETTI, *Il giudice davanti al Consiglio di Stato e al giudice ordinario*, Napoli, cit., nel 1932, pag. 1 e ss.; GOTTARDI, *Giustizia. La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, 2° ed., Milano 1934, pag. 1 e ss. di questo volume, cfr. anche il libro oggettivo come presupposto dell'istituto legislativo, in *ibid.*, cit., nel 1932, pagg. 119 e ss.; GOTTARDI, *La giustizia amministrativa*, 2° ed., Padova, 1937 (ristampata), pagg. 11 e ss.; BREVETTI, *ibid.*, cit.,

cit., nel 1932, pagg. 119 e ss.; BREVETTI, *ibid.*, cit., nel 1932, pagg. 119 e ss.

(2) Su tale scelta, anche la soluzione che venne operata negli altri ordinamenti, sotto vari costrutti, sulla via legislativa, esistono varie e precise opinioni, così come, alle quali si chiede consiglio, per esempio, cfr. nei gli citati BREVETTI, *La giustizia amministrativa nel governo degli Italiani*, Torino 1884, pag. 91 e ss.; VONNEMAN, *Über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Belgien*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, dir. F. K. OLSCHKI, vol. III, pag. 240 e ss.; e successivamente, cfr. PIZZANI, *La distribuzione tra diritto e processo nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in onore del professor G. DE WILDE*, Roma 1932, vol. II, pagg. 117 e ss., e, sulla stessa materia più recente, cfr. BREVETTI, *Il giudice davanti al Consiglio di Stato e al giudice ordinario*, Napoli, cit., nel 1932, pag. 1 e ss.; GOTTARDI, *Giustizia. La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, 2° ed., Milano 1934, pag. 1 e ss. di questo volume, cfr. anche il libro oggettivo come presupposto dell'istituto legislativo, in *ibid.*, cit., nel 1932, pagg. 119 e ss.; GOTTARDI, *La giustizia amministrativa*, 2° ed., Padova, 1937 (ristampata), pagg. 11 e ss.; BREVETTI, *ibid.*, cit.,

la più consona alle correnti di pensiero dominanti nell'epoca<sup>(3)</sup>.

La soluzione adottata, infatti, senza dubbio permise la realizzazione più omogenea e radicale dei postulati liberali<sup>(4)</sup>, essa, soprattutto, compìto nella maniera più coerente, nel piano della tendenza giurisdizionale, i principi di diritto sostanziale che sono i fondamenti stessi dello Stato di diritto<sup>(5)</sup>; la sottoposizione

pagg. 111 e ss., nonché la sua dipendenza sovranistica, cfr. pagg. 119 e ss.; BREVETTI, *L'azione di natura amministrativa e il giudice ordinario*, Napoli, 1932, pagg. 11 e ss.

(3) Per una comprensione del sistema italiano nei suoi termini storici, cfr. con il volume su *Il controllo giurisdizionale della pubblica Amministrazione*, di A. S. V., e con il Trattato, Torino, 1931.

(4) Cfr. post. nota L'espansione storica di BREVETTI, *ibid.*, cit., op. citata pagg. 74, 77.

(5) Sul punto, cfr. le osservazioni contenute in BREVETTI, *Principi dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di GOTTARDI*, Milano 1932, vol. II, pagg. 487 e ss.

(6) Cfr. BREVETTI, *ibid.*, cit., pag. 74, dove si afferma la necessità necessaria della soluzione adottata dal legislatore di sottoporre al 1865, sotto il quale risale alla giustizia amministrativa, alle condizioni giuridiche italiane, e al meno che veduto guardato dalla maggior parte delle opinioni; il legislatore di quella epoca perlopiù si ispirò a principi costituzionali, e avrebbe convenientemente attuato il postulato liberalizzato sostanziale.

Una l'indagine storica sviluppata nella legislazione del 1865 — nel momento che per quel che concerne la giustizia amministrativa — la cui scelta di via si pone al tempo il grosso problema del rapporto tra sovranismo liberale e cultura nazionale, da qui non può essere affrettata in proposito, cfr. per esempio la relazione sulla legge al più recente studio in occasione del centenario del processo letterario, *Storia del diritto e della giustizia amministrativa come problema politico*, in *Storia del diritto pubblico*, 1976, pagg. 711 e ss., nonché V. GOTTARDI, *Giustizia amministrativa e Stato sociale pluriclassista*, in *Foto con.*, 1976, III, pagg. 104 e ss.

È noto che, alla luce delle affermazioni di BREVETTI, esplicita un significato particolare la scelta con la quale Vittorio Emanuele Giuseppe nominò e... affini dove esplicito fu il carattere formalistico liberale della istituzione rispetto in Italia e la sostanziale rispondenza di esse al grado di civiltà del popolo e, mirando tra l'altro a questo come l'elemento decisivo, per non dire di più, con la quale la Magistratura italiana venne istituita e purci a noi assai bene dalla legislazione del 1865 (la giustizia amministrativa, il Trattato di diritto amministrativo diretto da F. K. OLSCHKI, vol. III, Milano 1932, pagg. 230 e ss.; lo stesso rispetto con a pag. 230).

Per un'indagine storica e ideologica della legislazione del 1865, cfr. tutto il volume su *L'evoluzione amministrativa e i suoi protagonisti*, in *Studi del congresso celebrativo del centenario*, cit.

Per altri, importanti riferimenti, cfr. A. S. V., *L'espansione amministrativa*, Padova 1932, pagg. 104 e ss.

(7) Cfr. anche BREVETTI, *ibid.*, cit., postea, per una rigenerazione della più

dell'Amministrazione alla legge, anche in ordine alla titolarità e all'esercizio dei suoi poteri d'imperio<sup>(17)</sup>; correlativamente, la definizione in termini di diritto soggettivo, delle contrapposte posizioni tutelate dei privati<sup>(18)</sup>. Ma, come tutti sanno, tale soluzione, a dispetto di tutti i suoi pregi, malgrado che appaia allora, come appare tutt'ora, la più giustificata dal punto di vista dei principi, anche al di là della sua matrice ideologica originaria, non risulta completamente soddisfacente: essa, di per sé, non porta alla formazione di un sistema completo, oltre che efficiente, di garanzia del rispetto della legalità da parte dell'Amministrazione; giacché, al contrario, nella sua attuazione positiva si rischierà il prevalere del

La legge abilitata del contenuto amministrativo, infatti, determinò la giurisdizione del giudice civile nei confronti dell'Amministrazione, facendo riferimento alla nota formula dei diritti civili e politici lesi dall'atto: sono innumerevoli le analisi delle portate della espressione legislativa<sup>(19)</sup>, le constatazioni dei suoi limiti; meno frequenti, forse, è però il rilievo della probabile

una dei limiti di una simile soluzione, accertati dalla valutazione che con esse si dà, specie per quel che riguarda l'ordine o comunque la composizione di quelle che oggi con linguaggio moderno si chiamerebbe le funzioni di partecipazione (v. specialmente pagg. 112 e ss. e 119 e ss.). In proposito, oltre al libro di ALBERTINI, ora citato, parrebbero molto interessanti gli scritti di DE VITO, di cui v. lo stesso Manual della trasformazione della giustizia amministrativa, in Riv. trim. dir. pub., 1972, pagg. 1802 e ss.; e anche, ivi, le indicazioni del mio precedente lavoro, anche di altra letteratura.

(17) Nella loro difficile politica ideologica, accertata, etc., che avrebbe con il processo di sottoposizione dell'amministrazione al suo giudice, in ordine che amministrativo, etc., di un punto di vista particolare. ALBERTINI, L'imperio dell'at., pagg. 167 e ss., 112 e ss. 81 e ss., nonché DE VITO, L'ordine di potere, etc., pagg. 19 e ss., e nella 62 e ss.

(18) De vito, etc., nella precedente, Contrattazione, con Accanto, etc., pag. 10.

(19) La letteratura sul punto è vastissima; v. per tutti, le citazioni contenute nel Vocabolario della Giustizia civile, etc., parzialmente pagg. 107 e ss., nonché CAVALLI, Corso di diritto amministrativo, Padova 1960 (ristamp.) pagg. 341 e ss.; etc. anche, de vito, Contrattazione, Le note giudiziali, etc., pagg. 81 e ss., 86 e ss.

inevitabilità di casi, come conseguenza della scelta di fondo compiuta, relativa alla sottoposizione dell'Amministrazione al giudice ordinario<sup>(20)</sup>.

Para oportuno insistere su dei caratteri della giustizia civile, che sono particolarmente accenti: nel legame così stretto, cioè, che la sua definizione strettamente ebbe, ma la nozione di diritto soggettivo<sup>(21)</sup>; con formula riassuntiva, sulla funzione di tutela che le fu attribuita in via principale, della certezza delle posizioni di vantaggio, che per il singolo sottoposto della norma abilitativa, e che sono soggettivamente, appunto, in termini di diritto soggettivo. Ora, in linea di principio, il riferimento ad un certo tipo di giurisdizione, ad un certo tipo di tutela giurisdizionale, sembra necessariamente comportare anche il riferimento al tipo oggetto normale: perciò, se la giurisdizione ordinaria e la sua funzione, già su un piano generale sono definite in relazione al concetto di diritto soggettivo, non si vede come la sottoposizione ad esse della controversia tra Ammini-

(20) Che la costituzione di favore, nell'articolo 109 per l'attribuzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, in La Giustizia nell'amministrazione, Torino 1945, pag. 124.

(21) De vito, a questo proposito, il richiamo della stessa posizione di CAVALLI, che collega strettamente i termini di giurisdizione e di azione, e quindi di diritto soggettivo, v. in gli atti citati. Principi di diritto processuale civile, 2° ed., Napoli 1955, parzialmente, in specie, pagg. 87 e ss.; etc. anche MONTANARI, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, vol. I, Milano 1954, pagg. 34 e ss.; etc. ancora, di recente, DE VITO, voce Azione in generale, in Enciclopedia del diritto, vol. 17, Milano 1962, parzialmente, in specie, pagg. 102 e ss., e de vito, loc. cit., con altri scritti (Papers generali), etc., vol. 318, Milano 1970, parzialmente pagg. 221.

Questo intendimento è ben noto ai pubblicisti: è sufficiente un'analisi di diritto soggettivo, per esempio, è particolarmente noto in CAVALLI, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Milano, etc., pagg. 17, 18. D'altra parte è ovvio che, se, in sostanza, con la costituzione di questa Sezione del Consiglio di Stato con la esplicita in diritto soggettivo, che si hanno le sue con la stessa sostanza e struttura connessi giurisdizionali riferibili di tale natura, v. soprattutto, DE VITO, La giustizia amministrativa, etc., pagg. 105, 104 e ss., 101, 102, etc. Le giurisdizioni speciali amministrative, etc., pagg. 170; e gli altri nel merito della controversia amministrativa, etc., pagg. 1112. Per un'analisi della letteratura sul concetto di giurisdizione, del punto di vista amministrativo, etc. Parla Accanto, L'ordine di potere e giustizia amministrativa, Milano 1945, vol. II, pagg. 18 e ss.

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

Si convenga o meno sul rilievo della inevitabilità di una simile limitazione della giurisdizione del giudice ordinario, sta di fatto che questa fu disposta esplicitamente da parte del legislatore del 1865: la formulazione in tal senso della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, allora, produsse nel sistema una luna molto grave: la sottrazione alla tutela dei tribunali civili, di tutti i casi nei quali la illegittimità compiuta dall'Amministrazione, pur risultando lesiva di interessi di privati, non ridondava in violazioni di posizioni di questi, le quali fossero garantite dall'ordinamento come diritti soggettivi<sup>(17)</sup>; e la gravità di questa lacuna era destinata ad aumentare sempre più: i casi che in tal modo rimanevano privi di tutela, infatti, tendevano incessantemente a moltiplicarsi, di pari passo con lo sviluppo di una delle evoluzioni del diritto amministrativo di dimensioni più notevoli, e ancor oggi non completamente chiusa nelle sue cause di fondo: la moltiplicazione di norme, le quali, con terminologia giurisdizionale, si dicebbero di ordine. Né, d'altro lato, il valore della attribuzione al giudice ordinario della funzione di garanzia della sfera giuridica del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, la conseguente maggiore consistenza e dignità dei diritti di esso, potevano sembrare una contropartita sufficiente a fare accettare tale incompiutezza dei mezzi di tutela; al contrario, quel fatto, in questa espressione di una tendenza di fondo volta ad avvalorare le massime quintessenze del rispetto della legge, e degli interessi privati da questa protetti, da parte dell'Amministrazione, contribuivano a rendere insopportabile una simile lacuna nella realizzazione del tanto sentito orientamento giurisdizionale.

L'esigenza di completamento del sistema era poi ulteriormente avvertita da quello che ricompariva con l'aspetto meno col-

(17) Cfr. in senso, con riguardo ai casi di, BERNARDI, *Dir. cit.*, pagg. 182, 185.

difacente della legge del 1865: l'aspetto, cioè, per il quale « gli affari non composti e nelle e materie nelle quali si facesse questione di un diritto civile o politico », venivano abbandonati ai poteri riservati dai medesimi organi di amministrazione attiva; ciò, come fu subito da molti rilevato<sup>(18)</sup>, costituiva addirittura un netto regresso rispetto all'ordinamento precedente, nel quale, anche oltre la violazione di veri e propri diritti soggettivi, il cittadino danneggiato da un illegittimo comportamento di un soggetto pubblico, aveva ricorso agli ormai aboliti tribunali sportivi del contenzioso amministrativo<sup>(19)</sup>.

Quanto, dunque, avesse le motivazioni di quel vicendevole movimento di idee, di cui costituisce l'espressione più nota e rappresentativa, il famoso discorso sulla Giustizia nell'Amministrazione, che Silvio Spaventa pronunciò a Bergamo nel 1866: di quel movimento di idee, cioè, che, prese le mosse dalla situazione venutasi a creare con l'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, e dalle esigenze di questa, fruttò nel 1889, con l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato<sup>(20)</sup>.

(18) Il senso è così deluso nella lettera stessa recata, di: per tutti, BERNARDI, *I diritti del cittadino e la giustizia amministrativa in Italia, su ordinamento di nuovo sistema*, 2<sup>a</sup> ediz., vol. VIII, Torino 1928, pag. 103. Cfr. anche DA MANTUA-SERRA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino 1923, pagg. 8 e 9. Nella letteratura più recente di BERNARDI, *I nuovi ordinamenti nel sistema della giustizia amministrativa*, in *Dir. cit.*, di. pubbl., 1928, 261.

(19) Il punto sarà questo quello che si sviluppa l'aggravazione, anche quale nessuno, al progetto di quella che divenne la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ed è come tale quello che trova pure la soluzione in senso analogo alla Giustizia e al più diretto soggetto, delle norme del primo ordinamento: il Carboni, come si sa, propone un contropotere, il quale, mentre viene fatto personalmente oltre la competenza per effettivamente attribuita al giudice ordinario, prevede il provvedimento, e con l'impugnazione del suddetto provvedimento, con limitati che in quello modo, più o meno completamente e direttamente che da, avrebbe dunque quel modo di tutela, che in senso almeno tale con l'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato. Cfr. la proposta, la legge stessa come nella nota 1, e in particolare di senso: CARONIA-BARONIA, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 187. In senso giurisdizionale, cit., pagg. 87 e 88; BERNARDI, *Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 182, 185 e s.

(20) Nella specie si ved. soprattutto della riforma del 1889, e per l'effettiva degli orientamenti indicati al riguardo, di: CARONIA-BARONIA, *La tutela giurisdizionale*

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

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

ma, pagg. 25 e ss., e, di ultimo, *Giurisprudenza Amministrativa*, cit. pagg. 101 e ss.; cfr. anche *Illegittimità Amministrativa*, cit. pagg. 174 e ss.

Sulle implicazioni sostanziali che tale rilievo avrebbe avuto, oltre problema sul quale la letteratura è imperscrutabile, cfr. *Giurisprudenza Amministrativa*, op. cit. cit., e *Illegittimità Amministrativa*, op. cit. cit., pagg. 279 e ss., e, di ultimo, *Giurisprudenza Amministrativa*, op. cit. cit., pagg. 289 e ss. Nell'ambito di ciò, cfr. i lavori dell'Amministrazione, v. anche *Atti, Osservazioni sul provvedimento d'ufficio degli atti amministrativi*, Riv. dir. pubbl. 1944, pag. 161.

Sulle intenzioni e considerazioni di *BOCCARCI*, i rilievi amministrativi, cit. cit., in Riv. dir. pubbl. 1964, pagg. 110 e ss., sul significato di natura del diritto di essere ammessi all'Amministrazione prevista dalla legge abilitata del ministero amministrativo, che avrebbe avuto l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Sulla sua possibile natura, cfr. *Lettera Circolata del Consiglio di Stato alla Riv. dir. dir. Amministrativa Italiana*, in *Foro amm.*, 1965, III, pagg. 127 e ss. (specialmente pagg. 128 e ss.), e *Milvia Spaventa e il Consiglio di Stato*, *ibid.*, 1978, III, pagg. 50 e ss.

mazione della legge abilitativa del ministero amministrativo, sfuggivano alla giurisdizione del giudice ordinario, fu propugnata in una prospettiva chiaramente delimitata: fu auspicata come una estensione delle garanzie di legalità dell'azione dell'Amministrazione, la quale doveva essere raggiunta nel quadro del sistema delineato dalla legge del 1865; in altre parole, secondo le istanze di riforma sopra accennate, questo sistema doveva essere completato, ma non modificato nella sua essenza: a sostegno di queste osservazioni, sembra che sia sufficiente richiamare il già citato discorso di Milvia Spaventa. Questo rapporto tra la vecchia legislazione e la nuova, fu esplicitamente disposto da quest'ultima<sup>(17)</sup>, come è generalmente noto; ma anche se si volesse valutare il significato del pur chiarissimo elemento testuale<sup>(18)</sup>, anche se si volesse ricercare pure per altra via la portata più profonda della riforma, non sembra che il risultato cambi: si crede che, data l'arguzia virale dal quale si tocca il problema, non possa esistere testimonianza più probante in ordine all'aspetto indicato, di quella offerta dalla letteratura non troppo successiva al 1889; sembra, quando fu istituita la quarta Sezione del Consiglio di Stato, la dottrina più vicina all'evento pose nel massimo rilievo la circostanza che l'eliminazione della lacuna esistente nel sistema della legge del 1865, non alterò affatto le linee essenziali di quest'ultima: la costituzione nel seno stesso dell'Amministrazione, di un organo di sindacato sull'azione amministrativa, non doveva essere intesa come un abbandono del principio fondamentale, secondo il quale i tribunali civili sono i normali giudici dei rapporti tra Amministrazione e cittadini; non doveva essere intesa, in particolare, come un riavvicina-

(17) Cfr. il primo comma, ultimo paragrafo, dell'art. 14 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, che è altrettanto esplicito; la disposizione si trova identica fin dall'originaria formulazione della norma abilitativa della competenza della quarta Sezione del Consiglio di Stato: cfr. l'art. 24 del testo unico approvato con R.D. 2 giugno 1865, n. 4285.

(18) I lavori preparatori sono chiari in tal senso: cfr. i rilievi di *BOCCARCI*, *L'azione di potere*, cit., pagg. 105, che dal tutto non si ripone a favore della tesi sostenuta nel testo.

mento sostanziale al sistema francese del contenzioso esclusivamente intorno all'Amministrazione, né tanto meno, ovviamente, a quello tedesco dei tribunali amministrativi; anche a sostegno di questa ulteriore osservazione, sembra sufficiente richiamare l'autorità di un solo nome: quello di Vittorio Emanuele Orlando<sup>(2)</sup>. D'altra parte, non si può dimenticare il significato della estensione della giurisdizione del giudice ordinario, operata dalla legge del 1865, né la coerenza con la quale essa realizzava i postulati degli orientamenti ideologici allora dominanti, né la sua validità, in definitiva trascendente la sua epoca: se si tiene conto dell'importanza di ciascuno di questi fattori, e ancor più del loro complesso, non può non apparire assurdo che a tutto ciò si rinunciassero, anche solo in parte, verso di un quarto di secolo dopo averlo conquistato.

Questa ricostruzione dei rapporti tra la legislazione del 1865 e quella del 1889 si imporrebbe da sé, ove alle funzioni dell'organo di nuova istituzione si fosse attribuito il carattere amministrativo di controllo, essendo quella che, ciò non va dimenticato, era la migliore dottrina dell'epoca<sup>(3)</sup>: in questa ipotesi,

(2) *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 374; v. anche CASARETO, *Cost. cit.*, pag. 312.

Nella letteratura a noi più vicina, cfr. CASARETO BARRON, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 14; NISIO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano 1900, pagg. 71 e ss.; BARRON su LA CASARETO, *La giurisdizione ordinaria nel controllo delle pubbliche amministrazioni*, Padova 1901, pag. 140, sulla prospettiva della demarcazione dell'ambito che, nel nostro ordinamento, la giurisdizione ordinaria ha sempre costituito la regola e la giurisdizione amministrativa l'eccezione; PIZZOCCHETTI, *Diritti e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. triest. dir. pubbl.*, 1905, pagg. 187 e ss., nel profilo di una scelta costruttiva della legge che portasse alla limitazione della giurisdizione di merito; BARRON, *I ricorsi amministrativi*, cit., in *Riv. triest. dir. pubbl.*, 1905, pag. 181.

Sul punto, cfr. anche BARRON, *Wib. cit.*, cit., pagg. 176 e ss.

(3) Chi in questo senso: ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 170 e ss.; NISIO BARRON, *La giurisdizione speciale*, cit., pag. 180, 189 e ss.; *I giudici nei conflitti*, cit., pag. 1191, 1192 e ss., che può essere il motore giurisdizionale della funzione applicata in alcuni casi di giudice di merito.

Nel senso opposto, cfr. soprattutto MORTARA, *Commentario*, cit., vol. I, pag. 43/44 e ss., e nel stesso articolo che di questo punto di vista ha carattere retrospettivo: *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli*

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

non essere contestata, in *Riv. dir. pubbl.*, 1904, I, pag. 309 e ss.; MORTARA, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, pag. 21; BARRON, *Del controllo delle misure giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1904, I, pag. 309 e ss.; in questi ultimi scritti, vi è un quadro così ampio e dettagliato della letteratura sull'argomento, al quale per brevità si rinvia soltanto. Cfr. comunque, peraltro con ampio sviluppo anche MORTARA, *La giurisdizione amministrativa e la Suprema Corte di Cassazione*, Roma 1904, specie nelle pagg. 21 e ss.

Per gli altri saggi recentemente v. BARRON, *Come il Consiglio di Stato doveva essere giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1903, I, pagg. 187 e ss., e più recentemente, MORTARA, *Commentari di F. E. Olivetti al diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1913, pagg. 82 e ss.

In ultimo, su tutta la vicenda della proposta affermazione del carattere giurisdizionale delle funzioni esercitate dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, v. P. D'AMICO, *La funzione giudiziaria del detto amministrativo*, in *Foto amm.*, 1904, III, pagg. 120 e ss.; BARRON, *Una Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 168 e ss., con interessanti allusioni alle vertenze conclusive della giurisprudenza sulla forma di sindacato del tipo di merito di primo. A tale vicenda è fatto riferimento anche NISIO, pagg. 14 e ss., con alcuni indizi di letteratura, per le sue implicazioni sulla sviluppo del concetto di sindacato legittimo verso strutture giuridiche negative di natura sostanziale.

Per le ragioni della tesi del carattere amministrativo della funzione esercitata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, v. CASARETO BARRON, *Una Funzione amministrativa (contenziosa) amministrativa*, in *Novecento Opere Italiane*, vol. XIII, Torino 1900, pag. 1081.

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

L'istituzione della quarta Sezione del Consiglio di Stato, si può dunque concludere, non ha alterato sostanzialmente la giurisdizione che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo aveva attribuito al giudice ordinario. Questo rilievo, s'intende, vale solo sul piano dei principi; in particolare, di quello della delimitazione di tale giurisdizione in relazione ai diritti soggettivi del privato; la sua validità, perciò, non potrebbe essere messa in discussione sulla base di considerazioni relative al modo nel quale la giurisprudenza applicò in concreto la definizione di quella giurisdizione stessa, e alle eventuali oscillazioni al riguardo, anche a quelle che si ritenevano eventualmente che fossero intervenute in dipendenza della istituzione del nuovo giudice<sup>(7)</sup>. Ma pur con una portata così limitata, il rilievo stesso pare acquistare una sufficiente consistenza, in ordine allo svolgimento del ragionamento che si viene proponendo: esso, anche così formulato, si risolverà pur sempre idoneo a fondare una ulteriore conseguenza.

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

(7) Cf. l'analisi della giurisprudenza nell'opuscolo, e delle sue oscillazioni, scaturito da CARROTTI BARRETTI, *Le norme giudiziarie*, cit., specialmente pag. 96 e ss., 104 e ss. sul punto; che, del resto, si veda pure a. 10 e s. 11.

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

Potrebbero sorgere perplessità in ordine alla validità di quanto qui sostenuto, in ordine alla validità di quello stesso orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, relativo ai rapporti tra le due giurisdizioni, il riferimento al quale costituisce per il momento il solo argomento portato a sostegno della tesi proposta: potrebbe essere osservato, infatti, che la posizione giurisprudenziale suddetta è senza dubbio di grande rilievo, in quanto costitutiva, se non altro, la realtà effettuale del nostro ordinamento sul punto; ma che, ciò nonostante, essa non è né indiscutibile, né in concreto indiscussa: come è ben noto, si è manifestata spesso, in varie riprese e in varie forme<sup>(8)</sup>, talvolta con formulazioni assai incisive, una divergente tendenza, soprattutto, ma non esclusivamente, di carattere dottrinale: la tendenza, cioè, secondo la quale il Consiglio di Stato potrebbe decidere anche su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria; come si sa, si tratta di un orientamento che trova la sua più celebre riaffermazione nella teoria dello Scioldoja, sulla tutelabilità dei diritti soggettivi come dei meri interessi<sup>(9)</sup>; esso, peraltro, riecheggia anche in

(8) Cf. CARROTTI BARRETTI, *Le norme giudiziarie*, cit., pagg. 104, 117.

(9) Cf., di questo orientamento, in nota a Cass. Roma 24 giugno 1931, che discute il medesimo caso Scioltoja, in *Fur. It.*, 1931, I, 3118, e, quanto ormai lo questione sia stato ripetuto: *Come il Consiglio di Stato decida sopra giurisdizionali*, cit., in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, pag. 817 e ss.; v. anche LOMBARDO, *Legge e regolamento sul Consiglio di Stato*, Roma, 1934, pag. 343 e ss., 359 e ss.; nella stessa nota, ma con orientamenti, v. FERRARI, *La giurisdizione amministrativa di sostanzialmente nella sua natura e nelle sue relazioni con la giurisdizione ordinaria e con quella amministrativa*

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

speciale, in *Arch. giur.*, 1882, pag. 524 e ss.; MARILLI, *Il principio organico*, cit., pag. 19; cfr. anche la posizione dell'OLIVARI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., secondo il quale la non delle funzioni sarebbe assoluta, se si applicasse la teoria del conflitto con giurisdizione delle funzioni contenuta nella opera Senese del Consiglio di Stato (pag. 742 e ss., 753 e ss.), mentre non lo sarebbe, nell'ipotesi contraria (pag. 743). Cfr. anche SCHIACCIÒ, *La posizione costituzionale della quarta Sezione del Consiglio di Stato*, Roma 1941, pag. 37 e ss., 24 e ss., 25 e ss.

In senso contrario alla tesi delle SENESI, v. VACCARIELLO, *Difesa giurisdizionale*, cit., pag. 404; LARONCI, *Di una teoria sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Studi giur.*, vol. II, pag. 105 e ss.; BERNARDINI, *I diritti dei cittadini*, cit., pag. LXXXVIII; e anche, ad. in citando nel medesimo senso dell'ANTONIO e del BORGARINI.

Sull'argomento, cfr. successivamente PICCINI, *La distribuzione tra diritto e fatto*, cit., pagg. 204 e ss., e, più di recente, CARONNI BARRERA, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 24 e ss., 125; GAZZONI, *Diritto generale*, cit., pag. 2 n., dove è sostenuto che la giurisdizione, stante il principio di non contraddizione alla tesi delle SENESI, anche una delle alternative che il sistema lascia aperta, quindi non come un *legis latens*, cfr. anche, in argomento, dell'OLIVARI e dell'opera citata di ultima, pag. 74 e ss.; BORGARINI, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli 1938, pag. 11 e ss., 12 e ss., 42, 43; VIZIATI, *L'evoluzione del giudizio amministrativo*, Milano 1934, pag. 113 e ss., con ampia bibliografia.

In ultimo, infine, cfr. la costruzione di tutta la vicenda del caso LARONCI di F. D'ARONCI, *La formazione giurisdizionale*, cit., pagg. 119 e ss., con l'equiparazione della posizione attuale della Consente in quella esistente, nella evoluzione in quale, soprattutto ad opera della giurisdizione, parte all'intero attuale dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

(\*) Cfr. l'ipotesione del problema, e i successivi sviluppi, che si è come risultato di assumere in precedenti scritti. In particolare, sul processo amministrativo, Milano 1938, pag. 412 e ss.; *Quarantenni in tema di limitazione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Facc. amm.*, 1936, II, I, 343, 344; cfr. ancora, NATA, *Prospettive processuali della « doppia tutela »*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1937, II, 711; CARONNI BARRERA, *Limiti d'intervento giurisdizionale e competenza del giudice*, in *Facc. amm.*, 1938, II, I, 435; CARONNI BARRERA, *In tema di competenza giurisdizionale e di suoi (in diritto soggettivo e interesse legittimo)*, in *Facc. amm.*, 1938, II, I, 374; *La tutela giurisdizionale*, cit., pagg. 146 e ss., e, da ultimo, la tesi LARONCI, cit., pagg. 11 e ss.; BORGARINI, *Processo civile*, cit., pag. 43; ANTONIO, *Diritto*, cit., pagg. 107 e ss.; LARONCI, *Rapporti tra funzione consensuale e giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1934, pagg. 303 e ss.; VIZIATI, *L'evoluzione del giudizio*, cit., pagg. 113 e ss.; CARONNI BARRERA, *Processo amministrativo*, cit., pagg. 261, 262.

È differente della teoria c.d. del detto della tutela come interesse, la teoria della c.d. doppia tutela come applicazione, anche recente, della postquamazione: in

nella concezione amministrativa delle funzioni attribuite alla quarta Sezione del Consiglio di Stato (\*); ma che, anche a prescindere dall'inconveniente appoggio ad una alternativa di sviluppo del sistema che la dottrina nostra si considera come ormai storicamente superata in modo definitiva, la tendenza stessa non sarebbe da trascurare: la possibilità di una concorrenza nei confronti di medesima materia, della competenza del giudice amministrativo e di quella del giudice ordinario, potrebbe che potesse essere sostenuta, anche nella prospettiva di una relazione tra tali due giudici, che venisse delineata nella maniera oggi indicata: di una relazione, cioè, intesa come un rapporto tra due organi perimetri giurisdizionali.

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

\* In sede processuale, v. a titolo esemplificativo, Sc. V, 20 febbraio 1938, n. 112, in *Facc. it.*, 1938, III, 325, con note di richiami.

Per citazioni, cfr. anche la considerazione di CARONNI BARRERA, *Quarantenni in tema d'invio al Consiglio di Stato*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1935, I, 311, del punto di vista della pubblica amministrazione come parte attiva, nella quale da certo non è mai più operata, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, sulla base della stessa tesi.

(\*) Cfr., infatti, l'ipotesione espressa dall'OLIVARI, che è stata citata nella precedente nota II.

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

Un passaggio fondamentale del presente lavoro, come si dirà in seguito, sarà fondato sull'accoglimento della teoria della c.d. relatività delle situazioni giuridiche soggettive<sup>(2)</sup>: è ovvio, perciò, che non sarà certo dall'angolo visuale dell'indagine che si cerca di svolgere, che si può e si vuole mettere in discussione il principio generale della polivalenza degli atteggiamenti di una medesima situazione individuale; e, in ordine a questo rilievo, poco importa se questo principio sarà successivamente inteso in una maniera a sua volta ancora diversa, almeno sotto certi profili, da quello, pur già tra di loro non analoghi, che sono presupposte dalle tesi che ora si esaminano. Non è quindi da tale punto di vista che queste vengono valutate criticamente; né, del resto, nei loro confronti è necessario svolgere una analisi che venga sviluppata in senso critico: è sufficiente osservare, infatti, che, una volta che si sia riportato il discorso sul terreno dei modi di essere della situazione giuridica sostanziale, la concorrenza delle giurisdizioni di due distinti giudici in ordine ad essa, si rivela essere una apparenza che si dissolve subito: sembra ormai chiaro che la conseguenza della possibile duplicità di atteggiamento di quella situazione, possa essere costituita, al massimo, dall'attribuzione di un potere di scelta al suo titolare, dell'aspetto sotto il quale venga dedotta in giudizio; ed è appena il caso di ricordare quanto questa conseguenza sia eventuale: l'attribuzione indicata, infatti, se pure dovesse riconoscersi in ordine alla costruzione della c.d. doppia tutela<sup>(3)</sup>, è stata viceversa clamorosamente negata in ordine alla teoria della Scialoja; anzi, per meglio dire, in ordine a questa teoria è stata clamorosamente negata la stessa possibilità della duplicità di atteggiamento della situazione giuridica sostanziale<sup>(4)</sup>. Dal punto di vista che qui intro-

(2) Cf. infra, al paragrafo n. 10.

(3) Cf. le modificazioni da ultimo state operate di seguito in *Convenzioni in tema di assicurazioni*, art. 12, in *For. it.*, 1954, II, I, col. 595 e ss.

(4) Cf. *Giuristi*, *Discorsi generali*, 44, pag. 1 e pag. 14.

versa, comunque, la conclusione che si deve trarre in ogni caso non cambia: secondo la teoria che si viene esaminando, infatti, l'apparente concorrenza di due distinte giurisdizioni nei confronti di una medesima materia, pare in realtà non esistere; anche quando si voglia ammettere la duplicità di atteggiamento della situazione giuridica sostanziale, anche quando si voglia concedere al suo titolare il potere di scegliere il profilo sotto il quale dedurla in giudizio, un punto rimane sempre fermo: che, una volta tale scelta compiuta, la conseguenza di essa la determinazione del giudice competente consegue sempre nel modo più rigido ed esclusivo di ogni altra competenza, che sia possibile; è vero che può darsi che due giudici conoscano contemporaneamente di una medesima posizione sostanziale, ciascuno secondo uno dei possibili atteggiamenti di essa; ma questa duplicità di atteggiamento dell'oggetto dei due giudici, impedisce che si possa parlare di una vera e propria concorrenza di due giurisdizioni, in ordine ad una medesima situazione giuridica<sup>(5)</sup>.

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

(5) Cf. *Giuristi*, *Discorsi generali* e *Discorsi legislativi*, pubblicati dalla Direzione giurisdizionale, in *Rev. it.* di *pubb.*, 1955, pagg. 446 e ss.

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

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

base di una diversità della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio; il rilievo stesso, allora, parrebbe aprire un corrispondente varco, un corrispondente angolo visuale, dal quale criticare l'affermazione della impossibilità di una concorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo, con quella del giudice ordinario; e la residua possibilità in tal senso, sembrerebbe che potesse fondarsi, appunto, sulle note, ricorrenti dispute sul valore da attribuire, sotto il profilo che si considera, rispettivamente alla c.d. causa petendi, o al c.d. petitum, nonché sulle suggestioni, anche recenti (27), nel senso di impostare la discriminazione tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, sulla base della diversità della domanda rivolta al giudice (28). In ordine ad una critica del genere, sarebbe facile tentare il discorso con

(27) Cf. Motta, *Fuoco e parate nella giustizia amministrativa*, cit., pag. 20; Ciampi, *Processo generale*, cit., specialmente pag. 74 e ss.

(28) È qui si deve ricordare il problema dell'interpretazione della legge italiana dei tribunali amministrativi regionali. Si ritiene preliminarmente che il legislatore non sia mai intervenuto che suggerimenti nel senso di creare nel loro (cfr. per. F. Barra, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa nella legge 5 dicembre 1971, n. 1036, in Il dir. pubbl. della regione*, 1972, pagg. 75 e ss.) un, ed esattamente, il vero contenuto di tale legge, nella sua per se stessa e inclusa formulazione oggettiva, avrebbe comunque potuto ad un esponente della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e questo caso della sua efficacia si fa della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente, in particolare amministrativo che a quel tribunale si possa chiedere l'assolvimento di un obbligo amministrativo legato al suo diritto soggettivo: è la tesi del G. Carraro, *Barra* (a. Dotti e Iervolino) nell'art. 4 della legge sui tribunali amministrativi regionali e i limiti della giurisdizione amministrativa, in *Riv. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1013 e ss.), e, con esponenti e sviluppi propri, di F. Barra (op. cit. cit. cit., pagg. 41 e ss., e specialmente pagg. 75 e ss.).

Se la legge in parola venisse interpretata in tal senso, si porrebbe il problema della sua costituzionalità, come gli studiosi Motta (*La giustizia amministrativa*, cit., pag. 27), ipotizzano una riforma legislativa del genere (per le specificità di questo problema, cfr. peraltro F. Barra, op. cit. cit., pag. 76).

Finalmente, si moltiplicano le voci che non fanno alla legge considerata il nucleo di una sua unica parte sostanziva, ritengono in tal modo legittimo l'impugnazione multiforme prospettata nel presente lavoro: cfr. Barozzi, *I tribunali amministrativi regionali*, Napoli 1972, pagg. 30 e ss.; Devo, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1122 e ss.; Barra, *Momenti della costruzione della giustizia amministrativa*, *ibid.*, pag. 1299. Nel passato, cfr. anche Giannini, *Giustizia amministrativa regionale*, in *Tratt. nuovo*, 1972, II.

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

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

(\*) Cf. *ibid.*, al paragrafo 4. 1.

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

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

(\*) Cf. PISA, *Intorno al petitorio e giudice amministrativo*, cit., vol. II, pagg. 151 e ss., 157 e ss., 158 e ss.; questa teoria mira che l'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, pur come in parte delle parti e stesse l'Amministrazione, se pure che da alcune ipotesi come una situazione giuridica soggettiva petitoria, egli nota che in tale processo l'oggetto del giudizio è costituito dal rapporto sostanziale d'una parte, che di questo relazione viene la sostanza del l'azione legittima come se petitoria ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo, e che essa in conseguenza della natura di un procedimento situazione del privato costituto dell'azione petitoria (ibid., pag. 155 e ss. della tesi del PISA, che i citati di CASARETO, *Diritto processuale*, cit., pag. 41 e ss.).

(\*\*) Per questa costruzione del processo amministrativo, che la stessa Proprietà del processo amministrativo, cit., pagg. 158 e ss., 160 e ss., 170 e ss.; e, anche, nel l'individuazione delle ragioni per le quali non è parte accettabile la tesi che, nel processo costitutivo di annullamento, l'oggetto del giudizio sia costituito da un dato potestativo del privato in tal caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto al primo punto, si osserverà, anzitutto, che dall'articolo 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>(1)</sup>, non può trarsi nessun argomento, a favore di una ricomprensione nel contenuto dell'interesse legittimo, di quel che veniva sottratto al sindacato dei tribunali civili. Potrebbe, almeno a prima vista, che la contraria opinione potesse essere sostenuta, almeno a condizione di poter credere accettabili due distinti presupposti: a condizione, cioè, che, in primo luogo, si potesse ritenere che la norma indicata fornisce il fondamento per quei ricorsi amministrativi, sui quali poi si innesta il ricorso giurisdizionale (il che è già discutibile)<sup>(2)</sup>; e che, in secondo luogo, si potesse definire l'oggetto di quei ricorsi medesimi, in relazione a interessi del ricorrente, soggettivizzabili come veri e proprie situazioni giuridiche sostanziali (il che potrebbe veramente accadere). Ma sembra inutile indagare sulla valutazione della solidità di ambedue queste proposizioni: seguendo altro ragionamento, appare più facile saggiare il valore della norma che si esamina.

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

(1) In questa norma, cit. di nuovo, da un diverso punto di vista, le intenzioni espressive di D'Amico, *Contenzioso e giudice amministrativo*, Padova 1975, pagg. 55 e ss.

(2) Nella riforma dell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso ordinario, nella introduzione a noi più vicina, cit. per tutti CORDERO, *La giurisdizione amministrativa* 2<sup>a</sup> ed., Padova 1984 (ristampa anastatica 1987), pag. 104 e ss.; CORDERO, *Il diritto soggettivo*, cit. cit., pagg. 554, 555; BIGNARDI, *I ricorsi amministrativi*, cit. cit. in *Dir. Amm. del pubbl.*, 1986, pagg. 323 e ss.; CORDERO, *I ricorsi e il procedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1970, pag. 95; GASTI, *Il contenzioso amministrativo*, Padova 1971, pagg. 33 e ss.

In giurisprudenza, v. *Sup. VI*, 21 aprile 1961, n. 108, *Foro amm.*, 1961, I, 2, 711.

costanza altrimenti insuperabile: come mai quella norma medesima, dall'angolo vicinale considerato, non abbia mai dotato l'attenzione della dottrina. La disposizione, infatti, pare avere avuto una portata normativa ben precisa: essa si limitò a devolvere alla competenza degli organi di amministrazione attiva, quella parte della competenza degli assoluti tribunali del vecchio contenzioso, la quale non veniva attribuita alla cognizione del giudice ordinario<sup>(7)</sup>. Compiute queste trasferimenti, peraltro, si deve ritenere che si sia perduta l'individualità delle materie in tal modo devolute, le quali erano caratterizzate unicamente per la loro comune provenienza dalla competenza dei tribunali del vecchio contenzioso: esse, sciolta, sono andate confuse nella generale sfera delle attribuzioni degli organi di amministrazione attiva<sup>(8)</sup>; né si crede che la loro definizione come categoria unitaria abbia mai più potuto riacquistare in seguito una qualche rilevanza: quando, nel 1889, le attribuzioni della pubblica Amministrazione sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario, tornarono, in tutto o in parte, ad essere « giurisdizionali », pare che la definizione della giurisdizione della quarta Sezione del Consiglio di Stato sia stata operata *ex novo*, in relazione a tali attribuzioni stesse; ossia, prescindendo da ogni collegamento con le materie che erano state considerate dall'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Sembra essere questione che ormai interessi unicamente lo studioso, e che non presenti nessuna rilevanza per lo studioso dei problemi attuali della giustizia amministrativa<sup>(9)</sup>. L'accertamento dei rapporti tra la giuri-

(7) Cf., per una ricostruzione della portata della norma in esame, così vicina alle sue intenzioni nel loro, *Cassata Barone, Le varie giurisdizioni*, cit., pag. 40.

(8) Cf. le considerazioni del Cassata, nel problema su lo stesso art. 3 in esame, quale che sia la ricostruzione della sua portata normativa, si applichi a tutti gli atti amministrativi, secondo una corrente dottrinale, oppure solo a quelli che sarebbero restati nella competenza del vecchio contenzioso, come sostenuto dal Cassata stesso (*Cassata Barone*, cit., pag. 331 e ss.).

(9) Alcuni in passato, e solo i riferimenti contenuti nel quadro di particolari indagini: per un esempio di questo, cfr. *Ascarelli, Natura e struttura del giudice prefettizio davanti alla Corte del conf.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1905, pagg. 333 e ss.

sdizione ordinaria del giudice amministrativo e quella dei tribunali del vecchio contenzioso, che risultasse residua dopo la sottrazione e ... delle materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico »<sup>(10)</sup>.

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

(10) Cf. *Ascarelli, Ricerche*, cit., cit., pag. 333.

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

Si può quindi comprendere perché la dottrina contemporanea, e di peso crescente alla legge del 1865 e anche a quella del 1889, *fosse* tanto riluttante, in ordine alla definizione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, alla contrapposizione tra diritti soggettivi e interessi, intesa, però, in un senso peculiare: ossia, non attribuendo a questa seconda espressione il significato di situazione giuridica sostanziale propria della prima, ma, anzi, piuttosto escludendo un senso di essa con la problematica delle posizioni giuridiche del soggetto<sup>(7)</sup>. In altre parole,

(7) In questo senso, cfr. soprattutto, un particolare studioso, TROTTA, *Interessi materiali e interessi processuali nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova 1911, pagg. 41 e ss.; CORTESI BERTINI, *Le norme giuridiche*, cit., pag. 48 e ss.; questi autori sono come nella legge del 1865 (anzi anche in quella del 1889), lo stesso si riferisce a posizioni del privato, intese nel solo significato di « interessi » l'oggetto dell'aspetto di « legittimità » e di ordine dottrinale, e si è generalizzato contemporaneamente che l'effettiva dell'attribuzione alle posizioni in questione del carattere di situazione giuridica sostanziale, significando, almeno sostanzialmente, proprio questo. E lo stesso, d'altronde, che, sempre secondo l'uso ma nel senso, tale attribuzione risulta collegata alle convenzioni e quelle posizioni materiali della realtà giuridica, con l'effettiva della quarta Sezione del Consiglio di Stato (cfr. loc. cit. cit.) naturalmente e conseguentemente ad ogni accettazione, la comprensione di questo meccanismo di senso si sarebbe potuto differire solo gradualmente, e successivamente a tale punto. Cfr. anche, infra, pag. 47, e nota 17.

Nella dottrina meno recente, e, nel senso del testo, tra gli altri: BIANCHI, *Il principio ispirato*, cit., pag. 11 e ss.; cfr. anche VACCARIZZI, *Diritto giurisdizionale*, cit., pag. 448 e ss.; CASARETO, *Amministrazione*, cit., pag. 428 e ss.; cfr. anche le note dottrinali di De MISTRO-FRANCO, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 19 e ss.

Tra queste ultime anche il loro riferimento alla base della dottrina che, specie in tali di senso il carattere giurisdizionale della funzione esplicita della quarta Se-

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

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

grafo del Consiglio di Stato, mentre si risale che tale senso nei giudici su diritti soggettivi: si deve ricordare, infatti, che, all'epoca, questa sezione comprendeva inizialmente tutte le situazioni giuridiche soggettive materiali e altre *de. in proprio*, vale, nel senso, per la posizione suddetta, con particolare riferimento all'impiego civile che qui rileva, cfr. ORLANDO, *La giurisdizione amministrativa*, cit., *passim*, ma specialmente pagg. 463 e ss., 715 e ss., 730 e ss.; FERRI-BENNETTI, *La giurisdizione speciale*, cit., pag. 151 e ss.; PIZZANI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 108 e ss., 161 e ss.

Nella dottrina più recente, sono sostanzialmente, sempre dall'impiego civile *ad. de. in*, i citati del NISIO, nelle diffezioni che, all'epoca della evoluzione amministrativa, erano state la comprensione dell'interesse legittimo come situazione dettata dal di rito soggettivo (cfr. giurisdizione amministrativa, cit., pag. 75) pare che tali diffezioni non risultino superabili, se non venissero riferite alle vedute dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva: cfr. anche, di questo senso, *op. loc. cit.*, pag. 4 e ss.

In senso contrario, e altrettanto rispetto alla tesi del TROTTA e del CORTESI BERTINI sopra riportate, v. DELLEPPE, *L'azione di parte*, cit., cit., pag. 37 e nota 14.

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

D'altronde, anche le ragioni che possono sostenere pure questa seconda proposizione sembrano di notevole peso. Non bisogna dimenticare, infatti, che è posteriore, e di molto, alla emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, lo sviluppo della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, così come oggi la conosciamo: della teoria, cioè, in base alla quale è possibile articolare variamente le diverse posizioni che dalla norma discendono per il soggetto, tanto dal punto di vista passivo, quanto, e soprattutto, da quello attivo<sup>(67)</sup>.

La moltiplicazione delle figure soggettive è un fenomeno anzi più recente della legislazione che si commenta: alcuni filoni di ricerca, è vero, hanno radici più lontane, e rilevanza più marcata: tipica, a questo proposito, l'evoluzione e lo sviluppo della nozione di potere giuridico<sup>(68)</sup>. Ma, nel loro complesso, i tentativi di articolazione delle varie posizioni soggettive, e delle varie relazioni e interferenze che possono correre tra di esse, paiono trovare il loro apice, almeno per la dottrina italiana, in una serie di lavori comparsi a cavallo della seconda guerra, e che appaiono non solo vicini cronologicamente tra di loro, ma anche, forse, tutti ugualmente « datati » per stile e per me-

(67) Nella categoria unificatoria della nozione di diritto soggettivo, cfr. A. CALAMANDREI, *La situazione giuridica soggettiva, e della sua evoluzione concettuale, che abbiamo avuto occasione di svolgere in un precedente lavoro: Foro in tema di Foro stesso, cit., in Riv. crit. dir. priv. cit., 1944, pag. 204 e ss.*

(68) Sul punto, cfr. infra, al paragrafo 13.

todo di analisi<sup>(69)</sup>. L'evoluzione richiamata non rileva qui solo per il suo aspetto temporale: è anzi importante, anche, che la definizione delle numerose situazioni giuridiche, principali e secondarie, almeno di quelle attive, che sono il frutto di questa vicenda dottrinale, appaia tutta o quasi operata in un ambito che in precedenza era ricompreso nella nozione di diritto soggettivo: data la unificatorietà di questo concetto, nella sua formulazione di un secolo fa<sup>(70)</sup>, non si vede come allora potesse escludere un margine di interessi soggettivi come situazioni giuridiche sostanziali, mediante schemi diversi o, se si preferisce, non si vede come potessero residuare schemi diversi di soggettivizzazione di interessi come situazioni giuridiche sostanziali.

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

(69) Si allude alla serie di lavori, che pure come una ricerca della problematica relativa del Romano, *Il diritto soggettivo*, pubblicati in Foro it., 1935, IV, 1 e ss.; in polemica con questa svolta, cfr. BATTISTONI PIZZANI, *Diritto soggettivo e diritti reali*, in Foro, 1932, pag. 1 e ss., e in replica, cfr. stesso BATTISTONI, *Giure e pace tra il diritto e il potere e del diritto soggettivo*, ibid., pag. 328 e ss. Negli anni della guerra, poi, compaiono le due più ampie monografie del Romano (*Il diritto soggettivo*, Milano, 1940) e della Benvenuto (*Giurisdizione alla luce delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano 1940) cfr., inoltre, lo scritto del Ciancimino (*Potere giuridico e diritto soggettivo*, in Riv. dir. pubbl., 1939, I, pag. 230 e ss.). Su anche si possono attribuire una certa specificità a questo gruppo di lavori, giacché, nel loro insieme, essi sono legati così strettamente con la precedente letteratura tra le due guerre, che lo scrittore lo scarta separato dal punto di vista del punto giuridico, cfr. infra, al paragrafo 10 e 11.

(70) Cfr. sul punto, quanto cronologia già analizzata di interesse in Foro it. tema di *diritto romano*, cit., pag. 202 e ss.

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

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

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

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

(\*) Cfr. sopra, al paragrafo 1.

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

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

l'ovvia conseguenza di questo stato di cose la notevole mancanza di approfondimento che ancor oggi si registra in ordine a numerosi aspetti delle due figure degnatriche delle quali si discorre; infatti, la cui considerazione è ciò non di meno indispensabile per arrivare ad una definizione delle due figure suddette la quale sia tendenzialmente completa, e non si limiti ad essere di mera differenziazione reciproca. Ma, soprattutto, la distanza indicata pare costituire una causa, e non delle ultime, di un ben più grave affievolimento concettuale: della netta mancanza di collegamenti, cioè, che nel passare dai decreti si è fatta sempre più profonda e percepibile, tra gli stessi di precisazione dei contorni delle due situazioni giuridiche in parola i quali sono compiuti in funzione della delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario, e quel che pare di tali ricerche avrebbe dovuto essere il più naturale elemento di riferimento: l'evoluzione del concetto di diritto soggettivo in sede di teoria generale del diritto<sup>(6)</sup>, nel quadro di un filone di pensiero globalmente sviluppata dalla pandettistica<sup>(7)</sup>.

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

(6) Per uno dei pochi esempi di teorici onnipotenti, di gettare un ponte tra la problematica propria del diritto amministrativo, e la evoluzione del concetto di diritto soggettivo, nel piano della teoria generale del diritto, cfr. Accro, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi sul campo del diritto pubblico*, in *Dir. priv. di. pubbl.*, 1950, pag. 107 e ss.

(7) Tanto che in uno dei più significativi scritti sull'argomento, allora chiaramente la delimitazione tra il problema impostato in termini generali, e quello impostato, viceversa, nella prospettiva della ripartizione di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (Cassano Pasinato, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 115).

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

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

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

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

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

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

D'altra parte, pare che un risultato identico dia anche una rilettura della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la quale sia svolta dopo aver abbandonato l'angolo visuale della rilevanza esclusiva delle situazioni giuridiche del privato. Una volta che siano stati superate le suggestioni derivanti dall'orientamento tradizionale e dominante in dottrina, infatti, già al primo e più accennato degli esami della trama normativa non può non colpirci con evidenza il ruolo centrale che nel sistema della legge suddetta gioca un diverso elemento: l'atto amministrativo<sup>(2)</sup>. In questo ordine di idee, lo sviluppo del ragionamento tende ad essere assai agevole e rapido: seguendo la direzione indicata, è infatti possibile formulare subito alcune proposizioni, la cui sostanza pare di tanta chiarezza da non richiedere sue dimostrazioni puntuali. È facile osservare, in primo luogo, che, nel sistema della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, l'atto dell'Amministrazione non assume una rilevanza minore di quella del diritto soggettivo del privato. Specie nel paragrafo seguente, si cercherà di proseguire l'analisi dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario prendendo come elemento di riferimento l'azione amministrativa in quanto tale: da questo angolo visuale,

(2) Nel concetto di atto amministrativo, si fa della interpretazione degli art. 1 e 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, v. MORTARANO, *Procedura civile e pubblica Amministrazione*, Napoli s. r. l., pag. 27 e ss.; cfr. anche, per quanto da un diverso punto di vista, CARRARA BARRATO, *Le teorie giuridiche*, cit., pag. 28 e ss.

sembrerà possibile raggiungere alcuni punti e tutt'altro che irrilevanti risultati, successivamente, peraltro, si rivelerà con evidenza che l'atto suddetto, sempre nel sistema della legge della quale si discorre, acquista il suo più profondo significato in quanto venga apprezzato come la manifestazione di una posizione dell'Amministrazione: sulla base dell'anticipazione di questo dato, si può fin da ora tralasciare l'osservazione precedente, relativa alla importanza dell'atto amministrativo, in un'altra che si riferisce alla posizione ora indicata: si dirà, allora, che questa, nel sistema della legge del 1865, assume una rilevanza non certo minore di quella del privato; e la notazione così formulata risulterà fin troppo ovvia, specie quando venga valutata anche da un diverso punto di vista: anche quando si tenga conto, cioè, che quella posizione medesima costituisce in definitiva la forma sotto la quale si rivela uno dei protagonisti, in un certo senso il maggiore, del rapporto amministrativo<sup>(7)</sup>. È indubbio, peraltro, che la posizione dell'Amministrazione e quella del privato siano state considerate dal legislatore di un secolo fa sotto due profili profondamente diversi: la posizione del privato, infatti, è stata definita decisamente come una situazione giuridica soggettiva: il diritto soggettivo; quella dell'Amministrazione, viceversa, è stata apprezzata mediante il riferimento all'azione esplicata da essa; la relazione dell'azione con la posizione dell'Amministrazione sarà approfondita in seguito: in questa fase del ragionamento è infatti sufficiente aver rilevato la particolarità dell'angolo visuale dal quale è stata considerata la posizione del soggetto pubblico, e in sua diversità da quello pertinente alla posizione del soggetto privato: è sufficiente avere rilevato questo elemento, e la conseguenza che da esso più immediatamente deriva: la circostanza per la quale il legislatore del 1865 ha colto la posizione dell'Am-

(7) Che l'Amministrazione sia il soggetto in un certo senso maggior del rapporto amministrativo, è dato incontestabile, e giustificabile anche nella ideologia liberale che è alla base della legislazione di unificazione del 1865, e, in particolare, della soluzione della attribuzione alla giurisdizione ordinaria del sindacato sugli atti amministrativi (incidenti sul diritto, per una recente, diversa giustificazione di questa diversità di rilievo, cfr. Acciariotti, *L'importanza amministrativa*, cit., pagg. 272 e ss.).

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

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

lutarione dell'importanza di tale elemento<sup>(77)</sup>: potrebbe suggerire, cioè, un'esistenza di eventualità dell'ipotesi che la lesione del diritto soggettivo discenda dall'atto stesso. Si può facilmente replicare, però, che si tratta di un'ipotesi la quale non deve ingannare: l'averllo richiamato sottolinea quello che, come si sa, è l'aspetto innovatore più incisivo della legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>(78)</sup>: la sottoposizione al sindacato dei tribunali civili del comportamento dell'Amministrazione, anche quando questa si presenta nella sua veste autoritaria e imperativa<sup>(79)</sup>; e se tale aspetto innovatore riguarda l'atto nel quale consiste l'esercizio del potere pubblicistico d'impiego, ridens, è chiaramente questo atto medesimo che viene necessariamente ad assumere la massima rilevanza.

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

(77) Cf. BENVENUTI, *ibid.*, cit., pag. 177, il quale, purtutto sostanzialmente con l'ordine della linea di ragionamento del testo stesso che, nella prospettiva ancora del legislatore del 1865, nella formulazione dell'art. 2 il provvedimento amministrativo è « autoritativo », della stessa natura, e anche la voce *Giustizia amministrativa*, cit., pag. 241.

Del resto, v. le conclusioni di CAVATA BARNI, *loc. cit.*, pag. 13.

(78) Cf. ORSINI, *Fuori dell'amministrazione*, cit., cit., pagg. 461 e ss., e, per il punto subsequentemente su l'art. 2 della legge del 1865 e il rapporto tra quello della norma secondo la quale la giurisdizione ordinaria sarebbe limitata all'attività amministrativa e d. di polizia, lo stesso, *loc. cit.*, *ibid.*, *Fuori del potere e pubblica amministrazione*, Torino 1959, pag. 24.

(79) Cf. per tutti, lo stesso, *ibid.*, cit., cit., pag. 1620.

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

Al di là e in aggiunta ai rilievi puramente testuali, le considerazioni sistematiche paiono poi assolutamente univoche: anche se la giurisdizione del giudice ordinario è stata precisata dal legislatore con la formula relativamente asodina di « ... materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico... », la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nella sua genesi e nel suo significato storico, sembra acquistare una fisionomia ben più precisa: essa sembra essere stata strutturata in relazione all'ipotesi suddetta, in preminente funzione di garanzia delle posizioni del privato aventi consistenza di diritto soggettivo, in preminente funzione di tutela di queste preesistenti utilità dei singoli, nei confronti di una azione amministrativa illegale che su di esse incideva<sup>(80)</sup>.

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

(80) Cf. anche le conclusioni di BENVENUTI, *ibid.*, cit., pagg. 174 e ss.

come nella maggior parte dei casi, in quella specificamente prevista dall'art. 1 della legge della quale si discute, e risultasse in tal modo lesiva di quel diritto suggestivo medesimo. D'altronde, non bisogna dimenticare che il presupposto sostanziale del sistema processuale delineato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, era quella di una Amministrazione la quale aveva molte più occasioni di venire a contatto con le sfere giuridiche dei privati nella veste di un soggetto che « prende », piuttosto che in quella di un soggetto che « dà »; quanto meno, molte più occasioni nelle quali ciò che essa poteva prendere era sentito più meritevolmente di tutto di quel che poteva dare: tutta la problematica relativa alla *Verwaltung als Leistungsträger* (77) era chiaramente di là da venire, e di molto. In questo ordine di idee, si potrebbe rapidamente andare assai in avanti: si potrebbero facilmente accennare e ampliare le considerazioni relative al tipo di società nella quale la legge abolitrice del contenzioso amministrativo mutarò; al tipo di interessi che si intende garantire con l'estensione della tutela giurisdizionale (e, da questo punto in vista, più ancora della pur già tanto significativa forma nella quale tale tutela si sviluppi,

(77) Il titolo, evidentemente, si vide della scelta che l'Autorevole pubblicò già nel 1880 (qui ripubblicato in *Abstrakte der deutschen Verwaltung*, Stuttgart 1935). E' quindi, naturalmente, ripreso l'argomento, e così ancora, da molte altre edizioni del suo *Lehrbuch der Verwaltungslehre*, da in altri lavori monografici: cfr., per esempio, la relazione *Beitrag zur Frage des sozialen Rechtsstaats*, in *Verf. und Verfassung der Deutschen Bundesrepublik*, Bd. II, Berlin 1951, pagg. 1 e ss. (r. anche, ibi, pagg. 11 e ss., la relazione sul problema reale di *Recht*) (pubblicata anche in *Recht und Verfassung*, Stuttgart 1950); in *Die deutsche Verfassung*, La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale, in *Die Idee des Rechts*, 1956, pagg. 147 e ss.

Il tema, come si sa, è molto trattato nella letteratura tedesca: per limiti di spazio si può menzionare in questo caso, le relazioni di Meunier e di Hirsman, nel *Grundriss der Verwaltungslehre*, in *Verfassung und Verwaltung der Deutschen Bundesrepublik*, Bd. II, Berlin 1952.

Nella letteratura italiana, cfr. PETERSCHEIDT, *I pubblici servizi, passim*, con particolare pagg. 11 e ss., e, in più particolare relazione con i problemi della giustizia amministrativa, FINZI, *Intorno agli istmi*, cit., cit., II, pagg. 122 e ss.

sembra contare il fatto obiettivo del suo ampliamento) (78); al tipo di economia nel quale tali interessi si concretizzano: e, per limitare il discorso a quest'ultimo punto, chiaramente assai meno impegnativo degli altri, si osserva che in una indagine del genere emergerebbe subito il quadro di una economia pre-industriale, pre-capitalistica, nella quale i valori immobiliari (79), e quindi le esigenze della loro difesa, assicuravano la massima rilevanza. Certo, la legge abolitrice del contenzioso amministrativo è stata formulata in termini generali, come generale è la sua applicabilità; ma pare indubbio che essa sia stata quasi modellata in relazione ai caratteri di una ipotesi tipica: quella nella quale un atto dell'Amministrazione, di solito di tipo espropriativo, incida illegalmente su un diritto di proprietà privata: dal resto, questo è il caso di più frequente verificazione pratica, ed è anche il caso che è stato preso sempre come punto di riferimento dalle varie teorie in ordine ai limiti della giurisdizione del giudice ordinario; la sua ricostruzione sarà tentata in seguito anche nel corso del presente lavoro, appunto come banco di prova della sostenibilità della tesi che si cercherà qui di proporre. Ad ogni modo, dal punto di vista ora sfiorato, non si può qualificare come meramente casuale questa circostanza: che la legge sulla espropriazione della proprietà immobiliare per esigenze di pubblica utilità, fosse una delle leggi di quella medesima epoca alla quale si si riferisce, che furono formulate nel modo più dettagliato,

(78) Non si potrebbe approfondivere l'indagine al riguardo, senza affrontare il problema di fondo del valore del diritto di proprietà nella prospettiva dell'abolizione della dignità, del diritto positivo dell'epoca: tema, quanto oggi molto sentito della dottrina: cfr. da ultimo le considerazioni di Hirsman sulla posizione centrale del concetto nel corso della del 1953 (Per uno studio sulla proprietà, in *Die Idee des Rechts*, 1953, pagg. 8 e ss.), nonché i riferimenti di Gassner (*Die rechtlichen Grundlagen der öffentlichen Nutzung der Grundstücke*, in *Die Idee des Rechts*, 1953, pagg. 141 e ss.), specialmente quelli sul rapporto del riconoscimento della proprietà privata all'affermazione della legalità, e alla sua interpretazione medievale, in favore di una maggiore concentrazione del valore dell'acquisto e della libertà di acquisto (pag. 80 e ss.). Cfr. anche Fr. Hirsman, *Recht und Verfassung* nella teoria del diritto reale, *Napoli* cit., cit. 1957, specialmente pagg. 48 e ss.; Hirsman, *Verfassung und Verfassung*, in *Die Idee des Rechts*, 1953, pagg. 181 e ss.

(79) Cfr. gli i precisi riferimenti di PETERSCHEIDT, *Die öffentliche Verwaltung*, cit., cit., pagg. 412 e ss., e soprattutto pag. 413.

e furono strutturate nel modo più organico<sup>(89)</sup>, una delle leggi, nelle quali trovò più ampia applicazione, in sotto anticipo sui tempi, il principio di tanta attualità della garanzia del contraddittorio e della partecipazione degli interessati già al procedimento di formazione dell'atto amministrativo<sup>(90)</sup>.

Queste considerazioni, del resto, trovano una parziale conferma dalla valutazione del grado di efficienza del nostro sistema di giustizia amministrativa: come tutti sanno, anche oggi il privato ha una tutela molto più efficace (o meglio: meno inefficace), nei confronti di una azione illegale positivamente posta in essere di quanta<sup>(91)</sup>. Ed è appena il caso di osservare che questo rilievo, con pochi adattamenti dovuti alla particolarità della materia, vale al cento per cento anche per quel che riguarda il processo amministrativo vero e proprio, i cui lineamenti principali sono stati sostanzialmente fissati già nel 1869, in un quadro ambientale, cioè, dal punto di vista che qui interessa non troppo differenziato da quello della legge del 1865, malgrado gli avvenimenti che si verificarono durante quell'intervallo di quasi un quarto di secolo. Anzi, questo accento al processo amministrativo offre la possibilità di proseguire quel confronto che si era prima accennato: si può osservare, così, che tutte le considerazioni che è scemato di poter svolgere in ordine al profilo dinamico sotto il quale il legislatore del 1865 ha colto la posizione

<sup>(89)</sup> Cf. Giustiniani, *Del contraddittorio*, cit., cit., pag. 487.

<sup>(90)</sup> Cf. la struttura di Cassata, *Il privato, cit.*, cit., pagg. 96 e ss.; e, anche Franz, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1906, pagg. 418 e ss.

Sulla partecipazione degli interessati al procedimento di formazione dell'atto amministrativo le lezioni di questi casi si vedono: cf. per tutti Guerra, *Il contraddittorio amministrativo, cit. prima*, e Bazzani, *L'istruzione del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1903, *passim*, anzitutto con ampio rilievo alle quali si rinvia per brevità.

<sup>(91)</sup> Il rilievo della inefficienza della tutela giurisdizionale del privato verso le contenziosi, i ritardi di procedure, ecc., da parte della pubblica amministrazione è diffuso in dottrina e giurisprudenza. Cfr. Giustiniani, *Contribuzioni alla teoria di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1908, pag. 410; Nicosia, *L'inefficienza della giustizia di giustizia della pubblica amministrazione*, in *Fav. it.*, 1932, V, 80; Acciari, *L'inefficienza amministrativa*, cit., pag. 112.

dell'Amministrazione, e, in genere, alla struttura e alla funzione della legge abilitrice del contenzioso amministrativo, possono ritenersi in larga misura anche al profilo dinamico sotto il quale parimenti il legislatore del 1869 ha colto la posizione dell'Amministrazione, e, in genere, alla struttura e alla funzione della legge istitutrice della quarta Sezione del Consiglio di Stato<sup>(92)</sup>; e ciò, anche se nei confronti della giurisdizione amministrativa, si tende di dover fare questa sorta di precisazione: non è dubbio che le esigenze che si sono prima indicate abbiano influenzato la conformazione dello strumento processuale, il quale, secondo recenti, noti studi, si ispira al modello del processo di parte; ma non sembra ugualmente sicuro che quelle esigenze hanno anche condizionato la configurazione dell'oggetto del giudizio<sup>(93)</sup>.

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

<sup>(92)</sup> Sul tema, cit. da citato, con osservazioni assai acute e stimolanti, Nicosia, *Problemi del contraddittorio*, cit., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pagg. 1029 e ss.

<sup>(93)</sup> Senza appropinquare il problema agli estremi dell'oggetto del problema nella giurisdizione amministrativa, senza dimenticare la certezza e l'efficacia non letteraria al riguardo, si ricordano solo le recenti pronunce di Giustiniani (nella sua *Giustizia amministrativa*, cit., pag. 481), che distingue nettamente i due aspetti di un lato, la struttura del processo amministrativo, da dell'altro, l'importanza all'oggetto di tutela di interessi individuali, ma, dall'altro, il carattere oggettivo di questo rapporto con tale tema e dichiara, almeno secondo i canoni più generalmente attribuiti alla IV Sezione del Consiglio di Stato, nell'epoca più vicina alla sua istituzione.

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

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

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

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

Pare che una nozione di atto amministrativo che venga a

rispondere a tali requisiti sia perfettamente delineabile<sup>(67)</sup>: essa tende a identificarsi col concetto di attività, di azione che l'Amministrazione pone in essere su base imperativa, e viene a ricompendere ogni manifestazione in qualche modo attiva di quel soggetto, in quanto soggetto pubblico. In questa fase del ragionamento, costituisce sufficiente punto di riferimento una nozione così sommariamente abbozzata, anche se in seguito si dovrà tornare sull'argomento, apportando ulteriori precisazioni; fin da ora, peraltro, si deve osservare che la genericità del concetto che qui si utilizza, non è naturalmente illimitata, ma trova un confine ben netto: esso arriva a coprire ogni attività amministrativa la quale, anche solo implicitamente, possa dirsi giuridica, ma non si spinge anche sul terreno delle c.d. attività di fatto; ogni riferimento alla complessa e delicata problematica che questi accetti sfiorano, pare rivelarsi tanto difficile, quanto inutile per il proseguimento del discorso.

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

<sup>(67)</sup> Cf., peraltro, GAZZONI-PICCOLI, *voce* Giurisdizione amministrativa, cit. pag. 224.

qui rileva, si deve tenere conto che il processo che in tal modo viene iniziato, ha pur sempre in linea di principio carattere costitutivo, e quindi deve avere pur sempre come oggetto un atto dell'Amministrazione: di qui, il segnalato ampliamento dell'ambito nel quale si deve rinvenire un atto amministrativo nel senso prima precluso; l'incidenza di questo fattore, sotto il profilo che qui interessa, è solo tendenziale, ma in questi limiti è indiscutibile; essa infatti pare rimanere sostanzialmente abbastanza ferma, anche se si scosta l'atteggiamento che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha assunto in questi ultimi anni, in ordine alla natura del silenzio che l'Amministrazione eventualmente tenga nei confronti di un ricorso amministrativo; e anche se non si trascura di porre nel massimo risalto i segni che si fanno sempre più consistenti, e che per un certo senso devono essere considerati precisi, di una progressiva trasformazione e attenuazione del carattere esclusivamente costitutivo del processo amministrativo<sup>(68)</sup>.

D'altra parte, contribuendo dal suo canto all'allargamento dell'ambito suddetto anche una certa giurisprudenza del giudice ordinario, e soprattutto della Cassazione, per se essa pare ispirata da esigenze del tutto diverse da quelle, sostanzialmente nel senso di un ampliamento della tutela giurisdizionale, che sono alla base dell'orientamento del Consiglio di Stato sopra richiamato: quella giurisprudenza la quale ha dilatato a dismisura l'ipotesi nella quale i tribunali civili non possono condannare l'Amministrazione ad un c.d. *facere specifico*<sup>(69)</sup>: come si sa, ormai tale ipotesi abbraccia quasi illimitatamente l'intera gamma dei comportamenti amministrativi, che apparentemente sono solo

<sup>(68)</sup> Tra gli scritti più significativi in questo senso, cfr. ARZUFFI, *Silenzii in ordine alle fattispecie del comportamento unilaterale dell'Amministrazione pubblica*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1964, pag. 638 e ss.; sul problema, cfr. BIANCHI, *Considerazioni sull'ordine amministrativo*, in Foro amm., 1962, I, 484, e, successivamente, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971, parso; GAZZONI, *Forme e effetti della pubblica amministrazione*, in Foro amm., 1962, I, 39.

Da ultimo, molto recentemente, cfr. BIANCHI, *Profili civili e Amm. cit.*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1972, pagg. 1024 e ss.

<sup>(69)</sup> Cf., per tutti, BIANCHI, *Il servizio giudiziario*, cit., cit., pagg. 142 e ss.

di fatto, ma che possono essere ricollegati in astratto all'esercizio di un potere pubblicistico<sup>(7)</sup>; anche questa tendenza può essere apprezzata dal punto di vista che qui interessa, ove si consideri pure un diverso fattore che meglio la qualifichi: ove si tenga conto, cioè, che la giurisprudenza cerca molto spesso di agganciare il divieto di pronunciare la condanna indebita, al divieto di annullamento dell'atto amministrativo, che con lata interpretazione della lettera della norma<sup>(8)</sup>, è dettata dall'art. 4 della legge abilitrice del contenzioso amministrativo; e che per giungere a questo risultato, essa deve postulare l'esistenza di un atto amministrativo implicito, anche là dove, come si notava, apparentemente sarebbe rilevabile solo un comportamento di mere fatto<sup>(9)</sup>.

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

(7) Cfr. di recente, le considerazioni di F. LUTTA, *Giurisdizione ordinaria e rapporto diretto del provvedimento amministrativo*, in Riv. it. dir. proc. cit., 1962, pag. 377 e ss.; SCITA, *Il servizio giudiziario*, cit., cit., pag. 112 e ss., n. 2, per il recente problema della separabilità delle azioni possessorie nei confronti della pubblica Amministrazione, *AMMINISTRAZIONE, FISCO DEL POTERE*, cit., cit., par. 10.

(8) Per una recente critica di questa impostazione, v. in genere, del LUTTA cit. e i quali il giudice ordinario invade i propri poteri dettati nei confronti dell'Amministrazione, cfr. MINA, *Potere e processo della giustizia amministrativa*, cit., pag. 3 e ss.; v. anche, cit., e pag. 13, il richiamo dell'opinione di LUIGI RIVARA, nel senso di una interpretazione restrittiva della portata dell'art. 4 della legge abilitrice del contenzioso amministrativo.

(9) Su tutto il problema, e per una critica al citato troppo larghi accordi in materia della giurisdizione, in quale modo quest'aspetto si illustrano il comportamento materiale tenuto dall'Amministrazione come esercizio di un atto amministrativo talmente preesistente, v. SCITA, *Il servizio giudiziario*, cit., cit., pagg. 112 e ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Questa riduzione dell'intera gamma delle illegalità amministrative in termini puramente oggettivi appare essere una conseguenza inevitabile dell'adozione del piano di tali illegalità, come base esclusiva dell'impostazione del problema dei limiti della giurisdizione ordinaria. Tale conseguenza si ritrova puntualmente, sia pure per certi aspetti solo in modo implicito, negli sviluppi della teoria del GUICCIARDI<sup>(270)</sup> che su quella impostazione si

(270) Cfr. *La giurisdizione amministrativa*, cit., opuscolo pagg. 7 e ss., 13 e ss., 17 e ss.

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

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

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

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

Nel paragrafo che segue il discorso verrà proseguito a partire dai concetti di illegalità oggettiva dell'attività amministrativa che si sono sopra accennati. Fin da ora, però, è opportuno porre in risalto un risultato che si è venuti acquisendo quasi implicitamente, ma che ciò nonostante è di rilievo fondamentale, e che comunque giocherà un ruolo di primaria importanza nel corso della presente indagine: si deve notare, cioè, come sia cominciata ad affacciarsi, nel quadro delle norme che disciplinano l'azione dell'Amministrazione, una netta distinzione tra quelle che tutelano diritti soggettivi del privato, e quelle che, viceversa, non presentano questa implicazione: corrispondentemente, è cominciata ad affacciarsi, nel quadro delle illegalità amministrative, e secondo la natura delle norme violate, una netta distinzione tra quelle che comportano anche violazione di diritti soggettivi del privato, e quelle che non producono questo effetto. Sul piano terminologico, per la classificazione di questi concetti non vi è motivo di non utilizzare le notazioni coppie di termini: norme di relazione e norme di azione; libertà e illegittimità dell'atto amministrativo<sup>(76)</sup>.

(76) E' questa, come è giustamente noto, la classificazione proposta dal GUIC-

E' evidente: non si vuole presentare il ragionamento svolto come un tentativo di ricoperta di nozioni che sono generalmente conosciute da tempo, e anche largamente, anche se tutt'altro che unanime, condivise; solo, la conclusione che si è raggiunta, la stessa necessità di pervenire ad essa, pare che possano venire apprezzate come la conferma della validità di categorie di cui parte della dottrina, specie recentemente, ha dubitato<sup>(77)</sup>.

Non si crede opportuna una replica puntuale e specifica ad ognuna delle critiche che si sono ora addensate: in unione con l'indicazione dei motivi di perplessità che pare sollevare una ricostruzione del criterio di ripartizione tra le due giurisdizioni che voglia battere una diversa via, che proceda dalle distinzioni che si vigilano qui confermare<sup>(78)</sup>, sembra che la solidità di queste risulti meglio da una precisazione delle basi sulle quali esse si fondano. A questo riguardo, alle osservazioni qui accennate vanno aggiunti gli approfondimenti ai quali sono dedicati soprattutto i successivi paragrafi nn. 12, 13 e 14.

ciardi, in ultimo in *La giustizia amministrativa*, cit. prima, ma specialmente pag. 1 e ss., 19 e ss.

(77) Sul concetto di atto illecito proposto da tale autore, cfr. le considerazioni, in relazione alla dottrina privatista, di F. TERRA, *Giurisdizione ordinaria*, cit. pag. 177 e ss.

(78) Nella discussione in generale, tra effetti e illegittimità, siamo per certi aspetti, in letteratura, e variamente si discorde, ma, con diretta riferimento alla letteratura pubblicistica, cfr. *Primo principio e diritto soggettivo*, di pag. 190; cfr. anche i lavori di ALBERTI, *Trattato degli atti giuridici*, Milano 1946, pag. 112 e ss., e la puntuale relazione ai problemi interpretativi posti dagli artt. 1 e 2 della legge istitutiva del contenzioso amministrativo, nonché alla teoria del Governo, *Discorso, L'azione di pieno*, cit. cit., pagg. 101 e ss.

(79) Cfr. soprattutto *GIUSTIZIA*, *Stato generale*, cit. pag. 1 e ss.; *FRANCINI* in *La Giustizia*, *La giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione*, cit. pagg. 110 e ss.; *CONTRARI*, *La tutela giudiziaria*, cit. cit., pagg. 87 e ss., e da ultimo, *note* *Interventi*, cit. pag. 28. Cfr. anche i lavori di *DELLA*, *op. cit.*, cit., e di F. TERRA, *Giurisdizione ordinaria*, cit. pagg. 170 e ss.

Per una rielaborazione della validità delle distinzioni del Governo, v. il messaggio *espresso* CAPACCIOLA in *Riv. dir. proc.*, 1973, pag. 65, nonché *CRISTOFARI*, *Primo dell'impugnazione*, cit. cit., pag. 472, e, nella letteratura more recente, *ALBERTI*, *Interventi sostanziali e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1960, pagg. 120 e ss.

(80) Cfr. soprattutto, al paragrafo n. 17, la relazione critica della nota ed. della *Leggazione*.

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

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

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

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

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

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

Per tenersi fermo il rinvio accennato, fin da ora si può affermare, peraltro, che la coincidenza in parola non potrà mai verificarsi, se l'oggetto della giurisdizione amministrativa è configurato come una situazione giuridica sostanziale del privato. Non è necessario, a questo proposito, approfondirsi il ragionamento concettuale, mediante il quale gli effetti di una norma oggettiva vengono soggetti come situazioni sostanziali individuali. Basterà osservare solo che, a meno di non considerare l'espressione « situazione giuridica soggettiva sostanziale » un *mero status* *cois*, non può essere definito come tale qualsiasi interesse del privato, col quale in qualche modo una norma di azione può interferire. Anche a prescindere dalla ricchissima letteratura sul problema in generale, si può ricordare come la dottrina sulla specifico tema di diritto amministrativo, anche quella meno recente<sup>(7)</sup> abbia perfettamente avvertito l'importanza della questione. In senso analogo, come si sa, è orientata la giurisprudenza, in tutta una serie di pronunce, generalmente ben note: precisa-

(7) La dottrina meno recente trova negli scritti cui abbiamo riferito il problema della natura e scope della giurisdizione in materia del quale il dicastero al Consiglio di Stato riteneva tanto, e quella corrente con la norma che si assume come stato civile dell'amministrazione; cfr. in gli *ibid.* n. 14 *Introduzione* *Costituzionale*. CANTONE, *Le giurisdizioni amministrative*, cit. pag. 112; FERRARI, *La giurisdizione amministrativa*, cit. pag. 30; MARIANI, *Il principio organico*, cit. pag. 11 e n.

Ma è meno noto di ricordare, per la sua precisione e coerenza (ossia, l'attribuzione esclusiva l'attribuzione alle norme...), l'esempio portato dal Ministero (op. cit. cit. pag. 30): l'amministrazione ha il diritto esclusivo di disporre il traliccio di una linea elettrica, rispetto a quella che non sta in precedenza stabilita; nella ipotesi che il proprietario del terreno che sostiene tal traliccio, possa invocare tutela, non è data al Consiglio di Stato, anche al proprietario di terreni limitrofi, che dell'attribuzione del traliccio della linea stessa, viceversa, in danno?

Nella letteratura su le due parti, il problema non viene scritto con particolare lucidità in TROVATI, *Fattori materiali*, cit., cit. specialmente pagg. 7 e ss., 42 e ss.; cfr. anche FERRARI, *Le distinzioni fra diritto e interesse*, cit., pagg. 133 e n.

Nella letteratura più recente, v. una ulteriore, SERRAVALLO, *Il giudice davanti al Consiglio di Stato*, Napoli 1962, pag. 41.

mente quella nelle quali viene definito in modo esplicito il carattere della giurisdizione amministrativa, come una giurisdizione a tutela di interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali del ricorrente, e soprattutto in quelle nelle quali, quel che più conta, viene negata nella fattispecie decisa la sussistenza di un interesse giurisdizionalmente tutelabile<sup>(8)</sup>.

(8) Si ricordi la seguente fattispecie: l'amministrazione aveva concesso una concessione per la prima parcella di una strada di traliccio, per essere di proprietà e per l'adempimento verso del concessionario: in fatto, però, questo non era bastato del bene dove si trovava la strada, e perché egli non procedeva per adempimento alla gestione necessariamente, l'amministrazione era tenuta alla decisione, aveva riconosciuto con sentenza gli elementi posti a base della stessa, la aveva a sua volta revocata (sentenza annullata). Il Consiglio di Stato (Sec. IV, 22 aprile 1951, n. 143, in *Facc. amm.*, 1951, I, 1, 416), dopo averne discussa, la revocata emanò la sentenza dell'interesse personale al ricorrente proposto contro questa seconda provvedimento del nuovo genere provvedimento: un dopo una decisione ancora più dettagliata, ha concluso che egli poteva vantare anche un interesse tutelabile come una situazione giuridica soggettiva sostanziale, per il carattere sostanzialmente pubblico dell'interesse proposto dalla norma. L'interesse e l'interesse della sua situazione come tale parte a fondamento, rispettivamente, della revoca della concessione, e dell'annullamento di questa.

E ad un riferimento del genere deve essere rinviata la decisione che ha dichiarato che il dipendente dell'ENEL, dipendente del servizio per traliccio ferroviario può invocare la violazione del regolamento dell'ente che dispone che i lavori del traliccio vengano a svolgersi presso le sole centrali di questa, poiché tale norma è posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione (Sec. VI, 20 settembre 1946, n. 304, in *Facc. amm.*, 1946, II, 1139) e quella che ha negato la legittimità dell'impugnazione del verbale, contro la concessione a E. Sella di autorizzazione agli enti municipali per il recupero di un di situazione esistente l'ufficio amministrativo (Sec. V, 18 novembre 1950, n. 1403, in *Facc. amm.*, 1950, I, 2, 1071), e quella che ha negato che il proprietario di un traliccio abbia un interesse tutelabile a chiedere che in un ufficio l'ufficio stesso non vada a essere del regolamento affetto nelle stesse norme del piano, debita sull'interesse personale pubblico dell'ufficio dell'adempimento (Sec. V, 15 febbraio 1950, n. 101, in *Facc. amm.*, 1950, I, 2, 124), e quella poi da Sec. V, 22 ottobre 1950, n. 839, cit. 1950, I, 2, 1458, che ha affermato l'impugnabilità di una dell'art. 14 della c.d. legge promulgata l'8 agosto 1947, n. 701, poiché quest'ultima è diretta per lo scopo di tutelare di tipo autorizzatorio, contro la norma di cui si lamentava la violazione passiva interessi esclusivi dell'ufficio e alla stessa norma di Sec. V, 27 ottobre 1951, n. 118, cit. 1951, I, 2, 1340) cfr. anche la decisione del n. della medesima 1951, in *Facc. amm.*, Reg., 1951, voce *Stato pubblico*, n. 40: il privato non può impugnare la nota con la quale il medesimo pretore afferma di non aver ricevuto l'assegnazione legittima di un alloggio di pubblica utilità, anziché che una base come dell'assegnamento di un posto, giacché egli, in materia di nota, non è titolare di un interesse giurisdizionalmente tutelabile.

Vi è una notissima vicenda giurisprudenziale, in ordine ad una questione di quotidiana e non rilevante importanza pratica, sviluppatasi agli inizi degli anni sessanta, con l'intervento di notevoli e forse decisivi contributi dottrinali, che è addirittura esemplare del problema che ora si considera: quella concernente la proponibilità del ricorso avanzato dal privato, il cui interesse venga lesa dal mancato esercizio da parte dell'Amministrazione, dei poteri di repressione di costruzioni abusive, eventualmente di costruzioni che siano diventate tali in seguito all'annullamento giurisdizionale della licenza che illegittimamente le autorizzava. Per limitare le citazioni alla fase decisiva di quella vicenda stessa, si ricorderà che la proponibilità di tale ricorso era stata affermata nel 1960 da una decisione della quinta sezione del Consiglio di Stato<sup>(7)</sup>, che però successivamente fu cassata dalla Suprema Corte<sup>(8)</sup>; malgrado ciò, la posizione assunta dalla sezione singola fu ribadita da una pronuncia della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>(9)</sup>, pronuncia che fu stavolta confermata dalla Cassazione<sup>(10)</sup>, la quale volle consapevolmente instaurare il proprio precedente infirmito<sup>(11)</sup>.

(7) Sez. V, 26 marzo 1960, n. 185, in *Fur. it.*, 1960, con *Fisco repubblicano*, n. 197.

(8) Cass., 30 luglio 1961, n. 1734, in *Fur. it.*, 1961, I, 1073, con nota di richiami. Tale sentenza è stata annotata criticamente da Nicosi, *L'art. 32 della legge urbanistica e l'adempimento degli interessi legittimi*, 262, e da Marinucci, *Diritti del proprietario nei confronti dell'ente di repressione di costruzioni abusive*, in *Giur. it.*, 1961, I, I, 395, e successivamente, dal punto di vista che qui interessa, da Santucci, *Stato e qualificazioni giuridiche degli interessi da loro alla disciplina di parte dell'attività concreta delle costruzioni abusive*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1234; cfr. anche Corvaci Santucci, *Principi applicativi sul processo amministrativo e legislativo e decore*, in *Fur. it.*, 1963, I, 353 e ss., nonché Altomarelli, *Impugnabilità amministrativa*, cit., pagg. 196 e ss.

(9) Decisione 26 novembre 1960, n. 16 (e da oltre 40 parti decise, portate al n. 16), pubblicata in *Giur. it.*, 1963, II, 38, con nota di Santucci, *Responsione di abusi edilizi*, e in *Fur. it.*, 1963, III, 90, con nota di richiami.

(10) Sentenza 14 febbraio 1964, n. 348, in *Fur. it.*, 1964, I, 291.

(11) Cfr. anche qualche decisione del Consiglio di Stato inconfessamente revocate: Sez. V, 26 settembre 1964, n. 1997, in *Fur. it.*, 1965, III, 140, con nota di richiami, e Sez. IV, 10 dicembre 1964, n. 3460, in *Fur. it.*, 1964, I, I, 1615.

Se tutte le citazioni, cfr. *Avvocato, Ritratto*, cit., cit., pagg. 1620, nonché

Non importa qui saggiare la validità delle deduzioni svolte in relazione alle specifiche fattispecie, e non importa neppure analizzare in base a quali criteri è stata ritenuta che da una norma di azione sostanziale o meno la tutela di un interesse legittimo inteso come situazione giuridica sostanziale; su questo aspetto del tema si avrà occasione di tornare in seguito<sup>(12)</sup>, ma ora per non trarre dai dati riportati quel significato che è più pertinente al punto trattato; si noterà, allora, come anche la giurisprudenza<sup>(13)</sup> che è tutta sostanzialmente sulla linea delle pronunce citate<sup>(14)</sup>, emerga un orientamento perfettamente conforme alle esigenze pertinentemente dogmatiche della costruzione della nozione dell'interesse legittimo come una situazione giuridica sostanziale: non può essere considerato tale qualsiasi interesse di fatto comunque collegato con una norma di azione, anche se esso è sprovvisto di certi caratteri minimi, e anche se è sprovvisto di certi caratteri minimi il suo rapporto con la norma stessa; corrispondentemente, non ogni violazione di una norma di azione si traduce necessariamente in una violazione di interesse legittimo. Ciò permette di acquisire al ragionamento questo elemento: ogni definizione di interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica sostanziale, dunque, comunque essa voglia venire delineata, non può non portare alla profilazione di un'altra linea di delimitazione, oltre a quella già individuata tra illecità e illegittimità dell'atto amministrativo, e che è da tracciarsi nell'ambito di quest'ultima: quella, cioè, tra illegittimità che si traduce in vio-

LEONE, *Finalità delle opere edilizie abusive*, e trattamento della giurisprudenza, in *Fur. it.*, 1971, II, 40 e ss.

Sul problema susseguente all'orientamento che la giurisprudenza ha quindi benemerito elaborato, cfr. di più limitate lacune, e, oltre alla nota di Leone citata da Altomarelli, Nicosi, *La nozione di repressione di abusi edilizi abusivizzati e problema sussidiario di tutela giurisdizionale*, in *Fur. it.*, 1965, III, 238, e la giurisprudenza lì menzionata.

(12) Cfr. infra, al paragrafo II.

(13) Il paragrafo della lacunosa sentenza citata da Altomarelli, *La giustizia amministrativa*, cit., pagg. 138 e ss.

(14) Cfr. infra, le pronunce che saranno citate in seguito, pagg. 81 e ss.

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

La critica della nozione di interesse legittimo non riguarda affatto, è evidente, il valore che il concetto può avere, sul terreno sostanziale, ai fini di una più raffinata ricostruzione dei rapporti materiali tra Amministrazione e privato, valore che, comunque, è altissimo, e anzi, pare in assestria<sup>(9)</sup>. La critica non si appunta neppure, almeno in questa fase del ragionamento, contro la tesi secondo la quale la giurisdizione amministrativa sarebbe in funzione di tutela di tale situazione giuridica del privato. Qui si discute solo dall'orientamento secondo il quale la definizione dell'interesse legittimo giocherebbe un ruolo decisivo nella determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; in particolare, si rileva che l'impostazione del problema di base, in termini di discriminazione tra le due giurisdizioni, è inattuabile soprattutto se la soluzione di caso è affidata alla contrapposizione di tale posizione individuale al diritto soggettivo.

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

(9) E, in ogni caso, la dottrina sempre più consapevolmente è venuta in tal senso: cfr. per tutti, VALLERÀ, *L'evoluzione*, cit., cit., pagg. 418 e ss., le arguzie dell'ottimo MANGIAPICCOLI sul dato, ai quali allude, per la loro stessa natura, GAZZONI-PICCOLI, *Una Giurisdizione amministrativa*, cit., cit., pagg. 130 e ss. Anche su questo punto, v. infra, al paragrafo n. 12.

corso a diversi strumenti concettuali, come si vedrà in seguito. Il complesso diritto soggettivo-interesse legittimo, viceversa, e la nozione unitaria che ne risulta, definibile come l'insieme delle posizioni di vantaggio del privato nei confronti dell'Amministrazione, è concetto assai più incerto nei contorni, e che non ha svolto un ruolo direttamente decisivo, nella formulazione legislativa, in nessun momento della progressiva formazione del sistema: anche a voler ritenere la definizione di esso conseguente alla ripartizione di giurisdizioni inaugurata nel 1869, ciò non di meno tale definizione stessa ha sempre un carattere derivato dalla precisazione delle due sfere di giurisdizione delimitate sulla base di elementi ricavati *altroude*, e perciò secondario rispetto al valore dei risultati in tal modo ottenuti, e mai diretto e primario; soprattutto, il modulo dogmatico che si critica risulta completamente inadatto a dare una spiegazione razionale del sistema delineato dal legislatore del 1865.

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

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

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

Senza che la definizione dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, sia stata la risposta che la maggior parte della dottrina — e qui basterà fare il nome di Zaccaria — ha fornito alla questione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa. Anche se, in certe sue formulazioni di avanguardia<sup>(6)</sup>, tale definizione ha facilitato il processo, per così dire, di giurisdizionalizzazione delle funzioni della IV Sezione

(6) Cf., per esempio, sull'interesse sostanzialmente privato, gli *Atti*, *Il principio organico*, cit., cit., pagg. 19 e ss.

del Consiglio di Stato, in connessione al noto orientamento dogmatico secondo il quale il concetto di giurisdizione presupporrebbe il concetto di situazione giuridica soggettiva, non vi è dubbio che il periodo di massimo splendore della nozione lo si ebbe solo dopo la definitiva vittoria della tesi della giurisdizionalità delle funzioni sostanziali, e anzi in relazione allo sviluppo del procedimento davanti al nuovo organo, come un vero e proprio processo, da inserirsi nel quadro di un diritto processuale generale: tutto questo, quindi, evaniti decenni dopo non solo la legge del 1865, ma anche quella del 1889<sup>(7)</sup>. Ebbene, l'equivoco si è formato, quando la soluzione della questione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa è stata presa come uno dei terminali del problema della discriminazione tra le due giurisdizioni, con incomprensibile confusione di quanto con quella<sup>(8)</sup>.

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

(7) Cf. l'equiparazione temporale dello sviluppo del concetto di interesse legittimo, come insieme sostanzialmente privato, accanto a Corrado Vivanti, *Le voci giuridiche*, cit., pag. 105. È comunque diffuso nella letteratura il senso del collegamento tra lo sviluppo della tesi dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva di natura sostanziale, e la progressiva diffusione della tesi del carattere giurisdizionale delle funzioni sostanziali della IV Sezione del Consiglio di Stato: per tutti, e con precisione, Ferrero, *Interesse materiale*, cit., cit., pagg. 6 e ss. e 17 e ss.

(8) Cf. Corrado Vivanti, op. cit. cit. cit.

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

Non sembra il caso di ritornare sul punto, e di aggiungere altri richiami di giurisprudenza a quelli fatti poche pagine sopra (77), per sentenze che non ogni norma di azione tutela un interesse legittimo, per affermare la non coincidenza tra violazione dell'una e lesione dell'altro, se non apparisse opportuno aggiungere anche ad ulteriori conseguenze che dai principi suddetti vengono tratte in ordine alla legittimazione del ricorso. La giurisprudenza, dopo aver ascoltato la tesi del carattere sostanziale dell'interesse legittimo, e dopo aver constatato il corollario suddetto, e cioè che non da ogni norma di azione scaturisce la tutela di tale situazione giuridica soggettiva, anche quando questa coincidesse tra norma e interesse del privato può essere considerata esistente, afferma conseguentemente che il ricorso al Consiglio di Stato è proponibile solo a tutela di quell'interesse privato collegato alla disposizione che si assume essere stata violata, e non di un interesse diverso (78).

(77) *Cfr. supra*, pag. 78 e ss.

(78) Si ricordi la seguente fattispecie: l'amministrazione aveva autorizzato l'impiegato di una contratta entro la zona di rispetto di una chiesa, e un proprietario di un ufficio laziale aveva impugnato il provvedimento ritenendo la violazione della norma che tale zona impone, in funzione del proprio interesse a non vedere diminuito lo scudo, l'ufficio, la luce ecc. del proprio fabbricato; il Consiglio di Stato ha risposto che il ricorrente violava la tutela di un interesse sostanziale che poteva essere considerato come tutela della norma di cui è offesa la violazione, giacché

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

Il punto era stato proposto in relazione ad interesse che si potrebbe giustificare dell'ente come ufficio, mentre la norma in questione riguarda l'accesso di tutti gli uffici, di uffici del ministero, ecc.; interessi, sostanzialmente, pubblici, ma da quelli non si può escludere la necessità anche un interesse privato vertente nella medesima materia: si pensi al caso che avrebbe potuto essere proposto dal proprietario di un negozio (*Cons. IV, 9 luglio 1958, n. 378, in Ann. giur. Cons. Stato, 1958, I, 195*); per ritornare, nel punto del potere di autorizzare l'impiegamento di personale nella zona di rispetto di un edificio, *Ch. Interdizione, I. N. C. della « per edilizia » e la nuova giurisprudenza della Cassazione, in Ann. del secondo consiglio di Stato, consiglio di Stato in materia di interesse edilizio, Città di Castello-Roma, 1957, pag. 29*.

E il medesimo principio è alla base di amministrativa decisioni che costituiscono un amministrativo provvedimento non; così, per una complessione ridotta ai limiti nazionali, si ricorda che è stata negata tutela all'interesse di un amministrativo di una condanna a impugnarla la determinazione della tassa che un'azienda municipalmente quella ex suo titolo edilizio viene (*Cons. IV, 18 gennaio 1958, n. 1, in Foro amm., 1958, I, 1, 210*); *Ch. Interdizione Venezia, diritto amministrativo privato e potere amministrativo, Napoli, ca. no 1961, pag. 121*; all'interesse del genitore privativo di una licenza a far valere la decisione nella quale fosse invece il carattere del ricorso per la famiglia stessa (*Cons. IV, 20 giugno 1964, n. 699, Foro II, Rep., 1964, con Ferraris, n. 799*); ed in relazione del ricorso stesso (*Cons. IV, 11 marzo 1964, n. 138, Foro II, Rep., 1964, con Ferraris, n. 185*); nella stessa ordine di idee v. con molte *Cons. IV, 19 giugno 1973, n. 518, Foro II, Rep., 1973, III, 461* con note di richiami); come all'interesse dell'impiegato civile a impugnarla il provvedimento di nomina in ruolo di altro impiego destinato ad occupare la stessa carica: non sotto condizione un interesse del ricorrente a mantenere il posto, e quello pubblico alla regolarità della nomina in ruolo (*Cons. VI, 19 dicembre 1964, n. 779, in Foro amm., 1964, I, 1, 349*); all'interesse del proprietario all'impugnazione del disegno di legge edilizio (*Cons. V, 23 ottobre 1957, n. 683, in Foro amm., 1957, I, 1, 187*). Come pure è stato dichiarato inammissibile l'interesse ad appropriaione della materia amministrativa di un servizio sanitario, a tutela del domicilio e del servizio familiare stesso, nel caso contro l'ordine di demolizione di una costruzione in violazione della norma di tutela dei diritti interessi pubblici paragonabili (*Cons. VI, 6 maggio 1971, n. 381, in Foro II, 1971, III, 345*, con note di richiami).

Nei riguardi la giurisprudenza non è stata uniformemente in tal senso; e così, per complessione, si ripercorre delle decisioni che, in una materia così spinosa, si potrebbe affermare che il legislatore è diverso atteggiamento: *Cons. IV, 23 ottobre 1957, n. 683, in Foro amm., 1957, I, 1, 179*, per esempio, ha riconosciuto tale diritto l'interesse di un comune (nella specie, di Frosinone) a impugnarla la concessione di una licenza di edilizia, da impugnarla in una zona militare, anche comprende la violazione della norma che impone al sindaco dell'infanzia, al quale la domanda relativa era stata rivolta, di mantenere la domanda con l'amministrazione militare; e ciò, anche se la norma che in tal modo avrebbe stata violata, da parte dell'ente militare dell'amministrazione militare stessa. E *Cons. V, 23 ottobre 1963, n. 1271, in Foro II, Rep., 1963, con Opere pubbliche, n. 263*, ha ammesso che chi per la costruzione di

fatto valere in giudizio, è necessario che soggettivamente sia il suo titolare a proporre ricorso (<sup>67</sup>). E qui il discorso tende inesorabilmente a spostarsi verso altre nozioni, tende inesorabilmente a coinvolgere anche l'interesse meramente processuale: infatti, anche se, sul piano dei concetti, la distinzione dall'interesse a ricorrere dell'interesse sostanziale oggetto del ricorso è limpida, quando si venga ad accettare che la giurisdizione amministrativa sia a tutela, appunto, di quest'ultimo, allora la risolvibilità dei requisiti normalmente richiesti all'uso o all'altro di tali interessi diventa condizionale (<sup>68</sup>): ciò consente di ricollegere alla tematica qui considerata anche casi i quali potrebbero venire discussi anche sotto il profilo dell'interesse processuale. Viene ad emergere così in tutta la sua gravità uno dei principali problemi di oggi nella giustizia amministrativa: quello dei caratteri che un interesse debba avere, per poter essere considerato così « personale » e così « diretto », da consentire al suo titolare di ottenere la tutela giu-

va attività esclusiva nella direzione di pubblica utilità, come discusso il regolamento dei lavori costruttivi previsti per quel tipo di edifici dal R. Dec. 1 dicembre 1938, n. 1023, successivamente approvato e modificato per la compilazione di progetti di edifici ad uso delle scuole elementari e materne, l'art. 1, discusso in primo grado di ricorsi di tali costruzioni, l'altro con l'indicazione che « Per corrispondere all'origine della scuola l'edificio deve... ».

(<sup>67</sup>) A questo proposito si può ricordare l'uso della giurisprudenza in materia di riduzione della stanza che viene che venga sposta una finestra o di una stanza di elevarsi sopra di una finestra esistente, e l'assoluta risolvibilità di ricorso processuale per tale motivo da un lato, l'idea di un'idea formale, parte a discussa rispetto di quella risolvibile, e che solo infortunatamente si giurisdizione dell'ordinamento dell'atto per la lesione di una stanza della quale deriva una garanzia per l'accesso di rapporti diversi (in decisione in tal senso sono stati emanati, a parte titoli complementari, v. Dec. IV, 2 novembre 1937, n. 1005, in Foro amm., 1938, I, 1, 221; Dec. IV, 22 ottobre 1938, n. 1041, 1042, 1043; Dec. IV, 20 ottobre 1938, n. 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1050, 1051, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1076, 1077, 1078, 1079, 1080, 1081, 1082, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088, 1089, 1090, 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181, 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203, 1204, 1205, 1206, 1207, 1208, 1209, 1210, 1211, 1212, 1213, 1214, 1215, 1216, 1217, 1218, 1219, 1220, 1221, 1222, 1223, 1224, 1225, 1226, 1227, 1228, 1229, 1230, 1231, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1241, 1242, 1243, 1244, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249, 1250, 1251, 1252, 1253, 1254, 1255, 1256, 1257, 1258, 1259, 1260, 1261, 1262, 1263, 1264, 1265, 1266, 1267, 1268, 1269, 1270, 1271, 1272, 1273, 1274, 1275, 1276, 1277, 1278, 1279, 1280, 1281, 1282, 1283, 1284, 1285, 1286, 1287, 1288, 1289, 1290, 1291, 1292, 1293, 1294, 1295, 1296, 1297, 1298, 1299, 1300, 1301, 1302, 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1318, 1319, 1320, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1326, 1327, 1328, 1329, 1330, 1331, 1332, 1333, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1340, 1341, 1342, 1343, 1344, 1345, 1346, 1347, 1348, 1349, 1350, 1351, 1352, 1353, 1354, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359, 1360, 1361, 1362, 1363, 1364, 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1376, 1377, 1378, 1379, 1380, 1381, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1390, 1391, 1392, 1393, 1394, 1395, 1396, 1397, 1398, 1399, 1400, 1401, 1402, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1420, 1421, 1422, 1423, 1424, 1425, 1426, 1427, 1428, 1429, 1430, 1431, 1432, 1433, 1434, 1435, 1436, 1437, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442, 1443, 1444, 1445, 1446, 1447, 1448, 1449, 1450, 1451, 1452, 1453, 1454, 1455, 1456, 1457, 1458, 1459, 1460, 1461, 1462, 1463, 1464, 1465, 1466, 1467, 1468, 1469, 1470, 1471, 1472, 1473, 1474, 1475, 1476, 1477, 1478, 1479, 1480, 1481, 1482, 1483, 1484, 1485, 1486, 1487, 1488, 1489, 1490, 1491, 1492, 1493, 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1499, 1500, 1501, 1502, 1503, 1504, 1505, 1506, 1507, 1508, 1509, 1510, 1511, 1512, 1513, 1514, 1515, 1516, 1517, 1518, 1519, 1520, 1521, 1522, 1523, 1524, 1525, 1526, 1527, 1528, 1529, 1530, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542, 1543, 1544, 1545, 1546, 1547, 1548, 1549, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 1556, 1557, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563, 1564, 1565, 1566, 1567, 1568, 1569, 1570, 1571, 1572, 1573, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582, 1583, 1584, 1585, 1586, 1587, 1588, 1589, 1590, 1591, 1592, 1593, 1594, 1595, 1596, 1597, 1598, 1599, 1600, 1601, 1602, 1603, 1604, 1605, 1606, 1607, 1608, 1609, 1610, 1611, 1612, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623, 1624, 1625, 1626, 1627, 1628, 1629, 1630, 1631, 1632, 1633, 1634, 1635, 1636, 1637, 1638, 1639, 1640, 1641, 1642, 1643, 1644, 1645, 1646, 1647, 1648, 1649, 1650, 1651, 1652, 1653, 1654, 1655, 1656, 1657, 1658, 1659, 1660, 1661, 1662, 1663, 1664, 1665, 1666, 1667, 1668, 1669, 1670, 1671, 1672, 1673, 1674, 1675, 1676, 1677, 1678, 1679, 1680, 1681, 1682, 1683, 1684, 1685, 1686, 1687, 1688, 1689, 1690, 1691, 1692, 1693, 1694, 1695, 1696, 1697, 1698, 1699, 1700, 1701, 1702, 1703, 1704, 1705, 1706, 1707, 1708, 1709, 1710, 1711, 1712, 1713, 1714, 1715, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1722, 1723, 1724, 1725, 1726, 1727, 1728, 1729, 1730, 1731, 1732, 1733, 1734, 1735, 1736, 1737, 1738, 1739, 1740, 1741, 1742, 1743, 1744, 1745, 1746, 1747, 1748, 1749, 1750, 1751, 1752, 1753, 1754, 1755, 1756, 1757, 1758, 1759, 1760, 1761, 1762, 1763, 1764, 1765, 1766, 1767, 1768, 1769, 1770, 1771, 1772, 1773, 1774, 1775, 1776, 1777, 1778, 1779, 1780, 1781, 1782, 1783, 1784, 1785, 1786, 1787, 1788, 1789, 1790, 1791, 1792, 1793, 1794, 1795, 1796, 1797, 1798, 1799, 1800, 1801, 1802, 1803, 1804, 1805, 1806, 1807, 1808, 1809, 1810, 1811, 1812, 1813, 1814, 1815, 1816, 1817, 1818, 1819, 1820, 1821, 1822, 1823, 1824, 1825, 1826, 1827, 1828, 1829, 1830, 1831, 1832, 1833, 1834, 1835, 1836, 1837, 1838, 1839, 1840, 1841, 1842, 1843, 1844, 1845, 1846, 1847, 1848, 1849, 1850, 1851, 1852, 1853, 1854, 1855, 1856, 1857, 1858, 1859, 1860, 1861, 1862, 1863, 1864, 1865, 1866, 1867, 1868, 1869, 1870, 1871, 1872, 1873, 1874, 1875, 1876, 1877, 1878, 1879, 1880, 1881, 1882, 1883, 1884, 1885, 1886, 1887, 1888, 1889, 1890, 1891, 1892, 1893, 1894, 1895, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909, 1910, 1911, 1912, 1913, 1914, 1915, 1916, 1917, 1918, 1919, 1920, 1921, 1922, 1923, 1924, 1925, 1926, 1927, 1928, 1929, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941, 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 2680, 2681, 2682, 2683, 2684, 2685, 2686, 2687, 2688, 2689, 2690, 2691, 2692, 2693, 2694, 2695, 2696, 2697, 2698, 2699, 2700, 2701, 2702, 2703, 2704, 2705, 2706, 2707, 2708, 2709, 2710, 2711, 2712, 2713, 2714, 2715, 2716, 2717, 2718, 2719, 2720, 2721, 2722, 2723, 2724, 2725, 2726, 2727, 2728, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740, 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, 2747, 2748, 2749, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2761, 2762, 2763, 2764, 2765, 2766, 2767, 2768, 2769, 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775, 2776, 2777, 2778, 2779, 2780, 2781, 2782, 2783, 2784, 2785, 2786, 2787, 2788, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2800, 2801, 2802, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816, 2817, 2818, 2819, 2820, 2821, 2822, 2823, 2824, 2825, 2826, 2827, 2828, 2829, 2830, 2831, 2832, 2833, 2834, 2835, 2836, 2837, 2838, 2839, 2840, 2841, 2842, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2848, 2849, 2850, 2851, 2852, 2853, 2854, 2855, 2856, 2857, 2858, 2859, 2860, 2861, 2862, 2863, 2864, 2865, 2866, 2867, 2868, 2869, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2876, 2877, 2878, 2879, 2880, 2881, 2882, 2883, 2884, 2885, 2886, 2887, 2888, 2889, 2890, 2891, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2897, 2898, 2899, 2900, 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2908, 2909, 2910, 2911, 2912, 2913, 2914, 2915, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920, 2921, 2922, 2923, 2924, 2925, 2926, 2927, 2928, 2929, 2930, 2931, 2932, 2933, 2934, 2935, 2936, 2937, 2938, 2939, 2940, 2941, 2942, 2943, 2944, 2945, 2946, 2947, 2948, 2949, 2950, 2951, 2952, 2953, 2954, 2955, 2956, 2957, 2958, 2959, 2960, 2961, 2962, 2963, 2964, 2965, 2966, 2967, 2968, 2969, 29

La definizione della giurisdizione amministrativa come una giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche sostanziali del ricorrente, comporta inevitabilmente, dunque, che il Consiglio di Stato possa conoscere non di ogni violazione di una norma di azione, ma solo di quelle violazioni che si traducano in lesione di interessi legittimi; e lo possa fare, solo quando il ricorso sia proposto a tutela dello specifico interesse connesso con la norma di azione, e da parte del titolare di esso. Più oltre si accennerà alle conseguenze che questa triplice limitazione comporta, in ordine al problema dei caratteri della giurisdizione amministrativa<sup>(7)</sup>: qui preme porre in rilievo le incidenze sul diverso profilo che ora si osserva, di un orientamento giurisprudenziale che, per il momento, si accoglie criticamente come un dato di fatto.

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

finanziamento governativo di natura dell'impresa industriale di taluni cantonieri, nella quale l'Opera Nazionale Costruttrice, decise di chiedere risarcimento per le opere edificate di Monza, ecc. Il ricorso al Consiglio di Stato e la controversia su oggetti simili del genere di inazione, che si ritiene in difetto del ricorrente, non che appare significata alla luce delle successive prove di potestà di tale azione nei principali problemi della giurisdizione amministrativa, e che vengono appresi citati. Conf. Cass. 13 maggio 1903, n. 368, in Foro it., 1903, III, 1453, con nota di cittadini, la sentenza che i ricorsi abbiano un carattere sostanziale nell'impostazione del ricorso sul quale un ricorso nazionale venga dichiarato una legge: la decisione confermata. Sez. V, 30 marzo 1903, n. 179, id., 1903, III, 112, con nota di cittadini, con commento e questa conclusione considerando che i vantaggi fiscali connessi con tale dichiarazione sono il compenso delle difficoltà di acquisto che il licenziante le industrie possiede, se l'atto oggetto del decreto in realtà non è deposto, quei vantaggi diventano il processo di industrializzazione, distaccando dal comune ordinario. E Sez. IV, 1 luglio 1905, n. 112, in Foro it., 1905, III, 291, con nota di cittadini, in commento che contro il provvedimento sul quale il ministero per il turismo debba un ricorso a parte di concessione di sussidio e turismo, possa ricorrere dal comune e dall'attività industriale e commerciale, per le difficoltà illustrate che un simile atto comporta (questo decisione è considerata anche da Carrara, *Trattato*, voce *Intervento*, cit., pag. 35, che indica ricorso ad altre intenzioni processuali).

Molto importante è poi Sez. VI, 14 luglio 1903, n. 189, in Foro it., 1903, III, 145, con nota di Poma, che ha esteso l'intervento degli eredi e dei titolari di industrie industriali in proprietà del padre di Venezia a impugnare i provvedimenti del provvedimento del padre in ordine alle tariffe del lavoro portuale.

(7) Cf. infra, ai paragrafi 34 e 35.

situazioni giuridiche sostanziali; corrispondentemente, non, come si sa, tende a considerare la questione che si è venuta illustrando con gli esempi ripetuti, non dal punto di vista della sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere, o, in genere, di un semplice requisito, o presupposto del ricorso<sup>(8)</sup>, bensì da quello anzi più essenziale della sussistenza e meno della medesima situazione sostanziale della quale si chiede tutela: nelle pronunce citate la distinzione tra interesse processuale al ricorso e interesse materiale oggetto di tutela è netta e esplicita. In tal modo, allora, la questione in parola diventa una vera e propria questione di giurisdizione, in ordine alla quale il Consiglio di Stato emette una decisione che è suscettibile di ricorso per Cassazione, ora in base all'art. 111, terzo comma, della Costituzione<sup>(9)</sup>: solo così, del resto, si spiega come mai la Suprema Corte abbia avuto l'occasione di pronunciare quelle sentenze che si sono sopra ricordate. Proprio in base all'accoglimento di questo orientamento, appare ora evidente la insostenibilità della impostazione che si critica, del problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; l'impostazione, cioè, secondo la quale questa giurisdizione de-

(8) Cf. anche nell'ipotesi estrema, nella quale potrebbe sembrare che il ricorso sia proposto a tutela di un interesse sostanziale tutelato dalla norma, ma da parte di un soggetto diverso dal suo titolare: esempio tipico, quello sopra citato, del proprietario di una fabbrica che a più di cinquanta metri da quella lo cui spicca un alto dignitosamente presente in via del paese, infatti, il problema è allora solo il profilo della sussistenza di tutela effettiva dell'interesse di questo soggetto.

(9) Per questo, anche in questo ordine di idee il problema può dirsi risolto solo se appurato come si è sopra accennato, infatti, è tutt'altro che chiaro quando l'interesse della cui sussistenza si discute, da quello oggetto del giudizio, con la conseguenza che la decisione del giudice amministrativo sul punto è impugnabile davanti alla Cassazione, in quanto incidere su motivi estranei alla giurisdizione, e quindi, viceversa, non da l'interesse a ricorrere, non appare necessariamente con quella legge: 1903, in esempio in la parte processuale, v. Cass., 17 novembre 1903, n. 2776, in Foro it., 1903, I, 1036, che ha dichiarato non impugnabile una decisione della quale il Consiglio di Stato aveva dichiarato legittimo a ricorrere contro una legge emessa un proprietario non fondista: la questione era stata vista in termini di sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere, ma perché non lo si avrebbe potuto imporre in termini di sussistenza o meno di interesse sostanziale tutelato?

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

Queste, le ragioni che giustificano l'impostazione sulla quale si basa il presente lavoro, e che spiegano anche una peculiarità, almeno apparente, di esso, in relazione al suo titolo: tale titolo fa esplicito riferimento alla giurisdizione amministrativa, dalla quale, peraltro, non si farà in seguito altro che scarsi cenni espliciti<sup>(7)</sup>, perché il discorso riguarderà in un modo che potrà sembrare esclusivo, la giurisdizione ordinaria e i limiti nel suo ag-

(7) Cf. però, infra, pag. 140 e ss., e soprattutto gli stessi cenni di paragrafi 28 e 29.

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

Alla linea di ragionamento qui seguita, si rilevi critici e alla impostazione ricostruttiva qui proposta, potrebbe essere rimproverato un attaccamento eccessivo all'epoca di formazione della legislazione del 1865-69, e alla situazione allora esistente, con svalutazione della evoluzione interpretativa che il sistema ha avuto in seguito, e con distacco dai termini nei quali si pongono oggi i problemi esaminati: il quadro attuale è dominato dalle due giurisdizioni e, in primo piano c'è il problema dei loro diretti rapporti; d'altronde, l'importanza della situazione che si è venuta a creare, in quanto tale, con corrispondente passaggio in secondo piano delle sue origini, pare sottolineata e aumentata da un'altra considerazione: quella tra le due giurisdizioni che è più recente come locuzione di organi e definizione di funzioni, sta progressivamente assottigliando l'oggetto di quella più antica e tradizionale<sup>(8)</sup>.

(8) Nel sistema ordinale e specifico della competenza che esiste attualmente soltanto al giudice ordinario, nei confronti dell'amministrazione, in quanto

Ad obiezioni del genere, pare che si debbano opporre due repliche: la prima, che, come si è già osservato, l'insieme delle risposte che la dottrina dà ai problemi in discussione, pare così incerta, e spesso così contraddittoria, da ritenersi che l'unica via d'uscita da questa situazione sia ripercorrere passo passo l'evoluzione del sistema, rendendosi conto, volta a volta, delle cause e della portata delle modificazioni introdotte in via legislativa, e di interpretazione. La seconda, che non si può rinunciare ad una valutazione critica della validità di queste ultime, anche se per avventura avessero acquistato la consistenza di consuetudini interpretative<sup>(7)</sup>. In altre parole, non può essere rifiuto nella prospettiva puramente dogmatica, di ricostruzione sistematica della disciplina positiva sulla base degli elementi offerti dalla realtà effettuale di oggi, in prima linea dalla attuale giurisprudenza, un problema che è, anzitutto, di comprensione di una evoluzione storica.

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

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

studie di paesi stranieri, cfr. GAZZONI, *Diritto generale*, cit., pag. 66 e ss.; cfr. anche MORO, *Problemi e problemi della giustizia amministrativa*, cit., pag. 17 e ss.; ANTONI, *Il diritto*, cit., pag. 1493.

Del resto, cfr. supra, i paragrafi nn. 12 e 13, e le pagg. 294 e ss.

(7) Nel corrente concetto delle norme giurisprudenziali, le quali si vedrebbero poi assorbite come consuetudini interpretative, cfr. soprattutto GAZZONI, *Diritto generale*, cit., par. cit., ma soprattutto pag. 34 e ss.; ed problema, v. 1476, al paragrafo 17.

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

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

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

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

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

Diritto in senso soggettivo, diritto in senso oggettivo, si sa, sono viceversa anzitutto dei modalì concettuali, dei sistemi di pensiero diversi, individualmente opposti, anzi, che però, potenzialmente, sono ambidue atti comprendere con intesa, anche se con esclusività, il fenomeno giuridico; sono, comunque, punti di vista da entrambi i quali è possibile descrivere una data situazione normativa<sup>(7)</sup>.

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

(7) La letteratura in argomento è vastissima; si si ha solo a indicare, però, che nel testo si sceglie l'ordine di idee espone nella struttura saggio di Ottaviano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jur.*, 1944, pag. 140 e ss.; cfr. anche, della stessa scuola, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jur.*, 1942, pag. 35 e ss., e *L'azione in generale*, con *l'Enciclopedia del diritto*, vol. IV, paria, ma specialmente pag. 79 e ss.

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

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

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

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

Questa trasposizione non è solo un necessario approfondimento dogmatico dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: essa è anche indispensabile strumento per la ricostruzione storicamente fedele di questi; il legislatore del 1865, come è ben noto, operava, infatti, in un ambiente concettuale nel quale il modo di pensare senza confronto prevalente era quello del diritto in senso soggettivo; dominavano, allora, le concezioni di derivazione pandettistica, le quali, come si sa, risolvevano il fenomeno giuridico nei soggetti di diritti, nei loro attributi e nelle loro posizioni<sup>(7)</sup>. Non è fuori situazione che, nel quadro delle prospettive di questa dogmatica<sup>(8)</sup>, i limiti della giurisdizione del giudice ordinario potessero essere pensati e quindi definiti le-

(7) Cfr. le parti fondamentali di BODEN (FACCHINI), *Diritto e obbligo nello stato del diritto reale*, Napoli ecc. (1967), specialmente pag. 22.

(8) Cfr. BODEN, *ibid.*, cit., pagg. 224 e ss.

giudizialmente altrimenti che nei confronti di un quadro concettuale di situazioni giuridiche soggettive<sup>(9)</sup>.

Se il ragionamento viene impostato in questo diverso ordine di idee, la conclusione del discorso si profila subito come intuitiva, prima ancora che raggiungibile mediante una puntuale dimostrazione. E, allo stesso tempo, non solo si precisa mediante correzioni nei sensi indicati la prospettiva che appare preferibile: non solo si riequilibra nei loro rapporti reciproci la posizione dell'Amministrazione e quella del privato, non solo si riporta infatti sul piano del diritto in senso soggettivo il problema dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario; è la stessa soluzione di questo che, sulla base delle considerazioni che si erano in precedenza svolte, in parte anche seguendo sviluppi logici poi rivelatisi non definitivi ed esaurienti, appare ormai come ovvia ed evidente, almeno per quel che riguarda le enunciazioni di principio: i limiti della giurisdizione del giudice ordinario, e, prima ancora, i limiti del diritto soggettivo del privato da esso tutelati, i limiti della sua sfera giuridica, non possono essere definiti altro che nei confronti dei limiti dei diritti soggettivi, dei limiti della sfera giuridica di un diverso soggetto; e quale sia questo diverso soggetto, è a sua volta ovvio ed evidente: esso non può essere altro che il soggetto che al privato si contrappone nel rapporto amministrativo, non può essere altro che la pubblica Amministrazione medesima<sup>(10)</sup>.

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

(9) Il ciò è confermato, e anzi si concreta in tutta la struttura della pubblica Amministrazione come punto v. ALLARATI, *L'inspeditività*, cit., specialmente pagg. 2 e ss., 100 e ss.

(10) Nella trasformazione da questa controposizione avrebbe avuto negli anni passati contemporaneamente, ma con una impostazione e con sviluppi che, appare opportuno e stimolante, non appaiono condivisibili dal punto di vista proposto nel presente lavoro, cfr. ancora ALLARATI, *op. cit.*, cit., specialmente pagg. 101 e ss.

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

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

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

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

9. La nuova implicazione del diritto del privato con quella dell'Amministrazione; la funzione del giudice ordinario, di tutela del rispetto della linea di confine che separa l'una situazione giuridica soggettiva dall'altra. — La tesi che ai diritti soggettivi, alla sfera giuridica del privato, si quali, secondo la struttura e la formulazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, è appiccicata la giurisdizione del giudice ordinario, si contrappongono, all'interno del sistema di quella legge medesima, i diritti soggettivi, la sfera giuridica dell'Amministrazione<sup>(87)</sup>, non è certo nuova: assai comune nella prima giurisprudenza che si è formata sulla base della legislazione del 1865<sup>(88)</sup>,

(87) Cf. *ALBERTINI*, op. cit. cit., pag. 7 e ss.

(88) Più esplicito che la giurisprudenza alla quale si fa riferimento, contraddittorio analogo, almeno in base di massima, a quella riportata da *CARRARA*, *IL DIRITTO*, La nuova procedura, cit., pag. 99 e ss., venga qui interpretato in modo non divergente da quanto proposto da tale autore; in particolare, può dirsi che qui si afferma che la giurisprudenza stessa è contraddittoria nelle stesse cose di quelle citate, mentre nella parte delle tesi del *CARRARA* *DIRITTO* nessuno il sostanziale allontanamento della prima, dai criteri occulti della seconda. In sintesi e ciò, si deve avere due osservazioni. La prima legge, le sostanziali identità qui affermate riguardo anzitutto i principi ai quali si attiene, e fino di arrivare la giurisprudenza, non si sono mai, quanto ai tempi più vicini all'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo; le divergenze osservate dall'autore stesso, anzitutto potranno riguardare il diverso regolamento che alle singole sottoposte hanno dato a danno anzitutto recente e non recente, la seconda legge, quanto divergono, nella loro portata con l'istituto, non vengono qui contestate, ma soltanto in ordine spiegare le mode diverse da quelle prospettate dal *CARRARA* *DIRITTO* stesso: vale, con riguardo il riferimento, a sostenere il sostanziale della regola della giurisdizione del giudice ordinario, basata sulla base di variabili di confine del rapporto amministrativo.

è l'affermazione che al giudice ordinario sia precluso il sindacato sulla legittimità di quegli atti amministrativi i quali, anche se conosciuti in affermata violazione di legge, costituiscono per sempre esercizio di attribuzioni dell'Amministrazione<sup>(107)</sup>; conseguentemente, questo, che si basa su un presupposto evidente anche quando non sia esplicitamente indicato: che l'esistenza di una attribuzione dell'Amministrazione alla quale sia comunque riconducibile l'atto in questione, escluda di per sé sola la sussistenza di un diritto soggettivo del privato le cui esigenze di tutela fondino la giurisdizione del giudice ordinario; e, s'intende, viceversa. Prese di posizione analoghe, esplicite e chiaramente presupposte, sono anche frequenti nella dottrina più vicina nel tempo alla legislazione del 1865-1869<sup>(108)</sup>.

Più recentemente, lo stesso ordine di idee è stato sostenuto con particolare organicità e precisione, come tutti sanno, dal GUZZALANI<sup>(109)</sup>, ma è anche condiviso, almeno parzialmente, da

(107) Tra le tante opinioni in questo senso cfr., come particolarmente significative per la distanza dall'affermazione del principio che gli atti amministrativi conosciuti come le attribuzioni dell'Amministrazione, rimangono inattuabili per il giudice ordinario: App. Torino, 25 febbraio 1866, in *Espresso generale di giurisprudenza e cose di Fatti e Mani*, ann. 1866-67, non Comprensione e giurisdizione, n. 34; Consiglio di Stato, 20 giugno 1870, *ibid.*, n. 14; *ibid.*, 25 gennaio 1873, *ibid.*, n. 17; Cons. Napoli 9 agosto 1873, *ibid.*, n. 31; Consiglio di Stato, 2 luglio 1868, *ibid.*, n. 449; App. Venezia 1 luglio 1873, *ibid.*, n. 495; Cons. Torino, 27 maggio 1873, *ibid.*, n. 478.

(108) Cfr. VACCARO, *Diritto giurisdizionale*, cit., passim, ma specialmente pag. 451 e ss.; cfr. anche MARELLI, *Il principio organico*, cit., pag. 18.

(109) La *giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 22 e ss.; il 1° punto la procedura, nel senso che il giudice di questo ramo, nella sua veste ordinaria, si pronuncia già circa e già concludendo della sua incompetenza senza l'interposta sull'impugnato od anche chiarimento della possibilità di richiederne la conversione giurisdizionale nella prospettiva dei rapporti intersoggettivi tra Amministrazione e privato, e quindi sul piano del diritto in senso soggettivo, quando la procedura al suo posto fa effetto l'impugnazione, potendosi comunque in quella occasione, esclusivamente basata sul fatto amministrativo, sulle sue qualificazioni e tipi di invalidità, e quindi, in ultima analisi, su un piano puramente oggettivo.

Nella impostura è anche la posizione di TOZZI, *Diritto amministrativo*, cit., cit., specialmente pagg. 58 e s.

autori come MELLA<sup>(110)</sup>, SANBULLI<sup>(111)</sup>, e altri<sup>(112)</sup>, i quali hanno posizioni dogmatiche da altri punti di vista nettamente differenziate.

(110) Cfr. *Principi di diritto amministrativo*, 2° ed., Padova 1890, pag. 54. Anche nella definizione dell'azione legittima sono situazioni giuridiche soggettive sostanziali, e sono nettamente l'opposto della circostanza che quella posizione di vantaggio del privato è collegata con l'esercizio di un potere attribuito all'Amministrazione. Ma nella impostura per la rinvenzione del potere di questo ramo, che alla richiesta Potere e presenza, ecc., più volte citata, è lo stesso nel Foro univ., del 1868, IV, 97. Quanto ai motivi e come lo stesso di distinzione del diritto dell'azione nella giurisdizione amministrativa, significativi sono anche le osservazioni in tema di sviluppo della teoria, in *Rev. dir. univ.*, 1918, II, 11.

(111) Cfr. *Il giudice davanti al Consiglio di Stato*, specialmente per quel che concerne la definizione dell'azione legittima, pagg. 80 e ss. Ma non meno significativi sono altri scritti, alcuni per es. per esempio, *Massime della dottrina di pubblica utilità e potere di espropriazione*, in *Giur. dir.*, 1904, I, 801 e ss.; in tema di giurisdizione nei confronti dei decreti di assegnamento di enti pubblici al controllo della Corte dei Conti, *ibid.*, 1904, I, 1190; per qualche ancora, cfr. anche *Diritti politici - Autorizzazioni - Licenze*, in *Ann. dir. pubbl.*, 1918, specialmente pag. 9.

(112) È di fatto, e può essere addirittura estraneo fare riferimento a prese di posizione di autori le cui opinioni, pur, per altra parte, si sviluppano in prospettive anche diverse, cfr., comunque, l'impostazione di GUZZALANI, sulla voce *Giurisdizione amministrativa*, pagg. 395 e ss. nonché CARONIA-BARBERA, *Il quale*, per sostenere nel suo scritto nel 1901 l'assoluta di questo il ramo qui propendeva, pure talvolta scrive a favore della competenza a questi atti ricorsi: cfr. da ultimo la voce *Intervento*, cit., pag. 11.

Dalla spinta punto di vista di questa pagina, non appare qui inconfondibile la stessa teoria della c.d. impostura dell'azione amministrativa, e della c.d. dipendenza del diritto soggettivo, che discende da una teoria, nella quale « i effetti civili debba, al paragrafo n. 17.

Di un diverso taglio risulta, cit. tutta la particolare impostazione di RATTIOMI su la *Giurisdizione*, *La giurisdizione ordinaria*, ecc., cit., passim. D'altra parte, sarebbe impossibile fare un conto esatto di tutte le prese di posizione in una impostura letteraria nel confronto di un sistema di demarcazione della giurisdizione nel modo che è ben noto anche per l'ordinamento positivo che di esso fa la giurisprudenza; è a parte tale esattezza, perché, che si indicano a questa proposito alcuni scritti, molti tra i più recenti fatti (FERRARI), *Giurisdizione ordinaria e capitale diritto del procedimento amministrativo*, in *Rev. dir. univ.*, cit., 1905, pagg. 507 e ss.; *Dalton*, *L'azione di potere*, ecc., cit., passim, ma specialmente pagg. 180 e ss.; *VALLI*, *L'azione di potere*, cit., pagg. 214 e ss.; *ARZUFFI*, *Parole del potere*, ecc., passim, ma specialmente pagg. 85 e ss., 95 e ss., 113 e ss.; *FRANZI*, *Intorno agli atti*, cit., cit., vol. II, pagg. 355 e ss.

Nella impostura di teoria generale, cfr. infine *Intervento*, *Giurisdizione alla serie*, ecc., cit., pagg. 11 e ss.

Soprattutto, la giurisprudenza<sup>(100)</sup>, come si sa, risolve il problema della ripartizione di competenze tra le due giurisdizioni, sub-

(100) In innumerevoli processi come si sa, poiché il rickiano che qui è necessariamente tenuto solo ad essere di atto, e che pure è indispensabile per che sussistenza di diritto, anche mediante l'attuazione delle conseguenze positive alle quali parte, non può essere che un unico complessivo di un riferimento in cui il suo più alto e completo: c. Cass. 10 giugno 1952, n. 1337, in *Fav. amm.*, 1952, II, 71, che ha negato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nell'impugnazione da parte del coniuge di un atto pubblico (nella specie, l'Attestato di Stato) della dichiarazione con la quale questi ha concesso il consenso di approvazione di licenziamento dell'altro della variazione in azienda di residenza; *Rev. V.*, 20 agosto 1957, n. 782, in *Fav. it.*, 1957, III, 328, con note di richiami, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel ricorso di un assente contenzioso contro la deliberazione emessa dal comitato di una Iria, in senso contrario; *Cass. giur. amm.*, 22 febbraio 1957, n. 81, in *Fav. amm.*, 1957, I, 2, 271, con richiami di precedenti; *Cass.*, 28 aprile 1954, n. 1025, in *Giur. it.*, 1954, I, 1258 con note di SERRAVALLE, *Le materie di giurisdizione, etc.*, 211, che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nei danni patrimoniali che vengono arrecati pubblici (nella specie, l'Attestato di Stato) al contratto della Corte dei Conti al sensi della legge 11 marzo 1953, n. 279 (la giurisprudenza si considera in questa specie, in numerosi processi in epistolari di cui v'è stata di grande importanza); *Cass.*, 18 febbraio 1956, n. 274, in *Fav. it.*, 1956, I, 431, che ha affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel ricorso del sindacato di lavoro del dipendente pubblico, contro l'ordine di assunzione del datore, di un contratto che aveva il carattere di un lavoro pubblico contratto in cambio di un ruolo, ed in quanto, ed in quanto, prima dell'entrata in vigore dell'art. 14 della legge 6 agosto 1955, n. 740); *Cass.*, 7 aprile 1952, n. 502, in *Fav. amm.*, 1952, I, 1, 221, che ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione ordinaria nell'impugnazione di un progetto di un ruolo interno ad una scuola pubblica dell'atto sul quale il profeta gli sono ingiunte di pagare una somma a titolo di contribuzione per la materiale manutenzione di una impugnatrice tenuta nell'assoluta di tale progetto; *Cass.*, 24 maggio 1955, n. 1055, in *Fav. amm.*, 1955, I, 1, 440 che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario per la dichiarazione di invalidità di una cartella amministrativa per la violazione dei criteri tecnici di costruzione per il conseguimento del materiale strutturato del ruolo ad una scuola elementare di senso d'ipotesi, da parte del proprietario del ruolo sottoposto al ruolo ideologico; *Cass.*, 29 gennaio 1957, n. 151, in *Fav. it.*, 1957, I, 744, con note di richiami, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario per la dichiarazione di invalidità degli atti con i quali un comune fa parte di controllo del lotto, impedisce l'attribuzione e la vendita del suo territorio di una proprietà loro spoliati; *Cass.*, 12 giugno 1947, n. 1018, 1044, 1073, con note di richiami, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia tra il privato che ha avuto la concessione di un contratto per la costruzione e la opposizione di immobili danneggiati per fatto fatto, e l'amministrazione che ne propone la costruzione e risulta dall'attuazione d'ufficio del provvedimento (con la stessa sentenza e *Ad. plurimo*, 7 novembre 1947, n. 15, e *Rev. V.*, 13 gennaio 1948, n. 1, e *richiami* in *Fav. it.*, 1948, III, 103, con note di richiami); *Rev. V.*, 14 febbraio 1947, n. 122, 164, 211, 120 con note di richiami che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nella impugnazione della norma del regolamento per la fissazione del numero di Napoli attribuito del potere di imporre all'istituto di uffici privati una somma di passaggio del contratto di mutuo; *Cass.*, 26 aprile 1954, n. 1261, in *Fav. it.*, 1954, I, 1435, con note di richiami, che ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa nel ricorso, per difetto di preavviso, contro il decreto sul quale il sindaco del lotto pubblico, autorizzato al comune a pagare, nella la dichiarazione di una costruzione in contratto sul piano esecutivo; *Cass.*, 19 giugno 1950, n. 2021, in *Fav. amm.*, 1950, I, 1, 16, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nella dichiarazione di invalidità di licenze di licenze del Comune di provvisoria sul quale la Federazione italiana giovani atleti, quale organo del C.O.N.I., aveva disposto lo scioglimento del consiglio direttivo di una società sportiva, e la concessione di un contratto straordinario; *Cass.*, 16 ottobre 1971, n. 2925, in *Fav. it.*, 1971, I, 2024, con note di richiami, che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nella domanda diretta dal datore del diritto esclusivo d'uso di un oggetto a ottenere la dichiarazione di un contratto che altri licenze del suo organo autorizzato che questa sia stata emanata con decreto del Presidente della Repubblica (cfr., per un fatto simile di cui, è stato scritto di Maria, *Quotidiani vecchi e nuovi*, in *Fav. amm.*, 1960, IV, 89 e s.).

la base della antitesi della illegittimità dell'esercizio del potere dell'Amministrazione, alla insolutezza di esso<sup>(101)</sup>: con questo orientamento, essa non solo sceglie il criterio di distinzione più esatto sistematicamente, e più efficace e di più stretto impiego in sede applicativa<sup>(102)</sup>, ma rivela anche una notevole sensibilità sta-

risoluzione del giudice amministrativo nella impugnazione della norma del regolamento per la fissazione del numero di Napoli attribuito del potere di imporre all'istituto di uffici privati una somma di passaggio del contratto di mutuo; *Cass.*, 26 aprile 1954, n. 1261, in *Fav. it.*, 1954, I, 1435, con note di richiami, che ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa nel ricorso, per difetto di preavviso, contro il decreto sul quale il sindaco del lotto pubblico, autorizzato al comune a pagare, nella la dichiarazione di una costruzione in contratto sul piano esecutivo; *Cass.*, 19 giugno 1950, n. 2021, in *Fav. amm.*, 1950, I, 1, 16, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nella dichiarazione di invalidità di licenze di licenze del Comune di provvisoria sul quale la Federazione italiana giovani atleti, quale organo del C.O.N.I., aveva disposto lo scioglimento del consiglio direttivo di una società sportiva, e la concessione di un contratto straordinario; *Cass.*, 16 ottobre 1971, n. 2925, in *Fav. it.*, 1971, I, 2024, con note di richiami, che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nella domanda diretta dal datore del diritto esclusivo d'uso di un oggetto a ottenere la dichiarazione di un contratto che altri licenze del suo organo autorizzato che questa sia stata emanata con decreto del Presidente della Repubblica (cfr., per un fatto simile di cui, è stato scritto di Maria, *Quotidiani vecchi e nuovi*, in *Fav. amm.*, 1960, IV, 89 e s.).

La premessa che il caso citato non è stato scelto in modo che non, per nella limitazione del loro numero, possono dare un'idea del carattere generale dell'utilizzazione che la giurisprudenza fa del criterio di distinzione della giurisdizione ordinaria e amministrativa sul fatto e quello dell'azione contro del cui si può avere come applicato all'atto in cui un atto amministrativo è stato emesso sul fatto di proprietà privata, che per tutti aspetti è il più comune, e diffuso, per l'intero territorio n. 16.

(101) Nell'opuscolo e lo sviluppo di tale controversia giurisprudenziale, cfr. *Atenei*, *Edizione*, cit., pag. 1028, che indica come la prima sentenza in tal senso la pronuncia della *Cass.* 4 luglio 1949, n. 1024 (in *Fav. it.*, 1949, I, 720); questa sentenza afferma il suo stato precedente: non, perché, pure l'attribuzione dell'ufficio alla persona giurisprudenziale che si è formata sulla base della legge di diritto del regolamento amministrativo, e sopra richiamato: si tratta di una specie di riepilogo giurisprudenziale?

Sull'opera del Tribunale nell'affermazione e nel consolidamento del più esatto orientamento giurisprudenziale, cfr. il sommario di *Atenei*, in *Fav. it.*, 1949, V, 1, 4.

Cfr. anche *Serravallo*, *Il giudice amministrativo e il Consiglio di Stato*, cit., pagg. 44 e s.; *Costi*, *Atenei*, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo*, cit., pagg. 311 e s.; *Gravino*, *Diritto pubblico*, cit., pagg. 18, 79, sia pure nella prospettiva di una manifestazione della preclusione della rilevanza della cosa pendente e del potere di fare del riparto di competenza tra le due giurisdizioni.

(102) Cfr. gli esempi di *Torres*, *Diritto amministrativo*, cit., cit., pagg. 80 e s.

rica, ed una prevalente aderenza al significato originario del dato legislativo, ormai secolare<sup>(112)</sup>.

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

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

(112) Per un'attenta allo loro dell'ordinamento giurisprudenziale, cfr. CORTI, *La tutela giuridica*, cit., pag. 39 e ss. Da un altro punto di vista, cfr. CORTI, *Diritto generale*, cit., par. 10, nonché GIACCONI-FRANZI, *La nuova Giurisprudenza amministrativa*, cit., par. 10.

Per un'altra analisi critica della giurisprudenza, cfr. BERNARDI, *Verso il superamento della formula «interesse privato»: servizio del potere e ai fini della distribuzione delle competenze*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1963, II, 402.

(113) È nell'applicazione a questo di ogni teoria sui limiti della giurisdizione ordinaria che si incontrano le maggiori difficoltà, per questo non può essere stata facilmente proficua la attività che la Corte ha svolta di recente, cfr. *La tutela giuridica*, cit., par. 140.

(114) Cfr. BERNARDI, *L'operato*, cit., pagg. 35, 34 sul quadro di una diversa impostazione; l'interesse legittimo, come figura nella quale si realizza un aspetto del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, rivela un bisogno di compensazione di questi e... non può prescindere necessariamente... ad una pura ed essa di rispetto di tutti su la stessa linea soggettiva.

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

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

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

(115) Cfr. VACCARELLI, *Diritto giuridico*, cit., pagg. 413 e ss.; MERLA, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 50; TRUSSARDI, *Introduzione generale*, cit., cit., par. 10, nonché pagg. 54 e ss.

(116) Per la rilevanza di questo tema, cfr. anche, infra, pag. 148.

(117) Cfr., per un ragionamento assai simile, in una fattispecie in materia di spese pubbliche: App. Genova, 5 febbraio 1963, in *Espresso generale*, cit., cit., non Compensazione e giurisdizione, 2, 18, cit. anche Consiglio di Stato, 14 dicembre 1953, 344, n. 478.

zione: esso si trova sempre nell'ambito di una situazione giuridica dell'Amministrazione, e perciò si può dire, rovesciando una assai nota affermazione che esse presupposto è un potere di questa (17).

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

(17) Si veda evidentemente il ruolo della protezione comune del Contenzioso: il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo, gli è corrispondente circa, si fece notare, però, che, nel pensiero di questo uomo, l'atto non legittimo è sempre al posto dell'Amministrazione, secondo l'ordine di idee qui proposto, non più manifestazione di questo ma oggetto del fatto stesso: che, in genere, del medesimo uomo, La tutela giuridica, cit., prima, su specialismo pag. 28 e ss., 44 e ss., 63 e ss., cit., in genere, ibid., pag. 51 e ss., la differenza della cui opera nel procedimento civile sopra citato, sempre di Contenzioso, e anche Garavanti intorno all'art. 23 della legge sul Consiglio di Stato, in Riv. dir. pubbl., 1905, I, pagg. 185, 186, secondo, da citare, la sua funzione, cit., pag. 51.

Che il punto dell'Amministrazione sia il presupposto dell'interesse legittimo, è stato affermato con particolare chiarezza da Tomasi (citato da Garavanti-Ferrari, op. cit., cit. cit.): Interesse amministrativo, cit., cit., prima, ma, per affermazioni più recenti, v. pagg. 73, 82 e 20 e ss. Cfr. anche Pizzani, La distinzione fra diritto e interesse, cit., specialismo pagg. 119 e ss., su cui cfr. i citati citati di Tomasi, op. cit., pagg. 86 e ss.

Del collegamento tra interesse legittimo e punto dell'Amministrazione cfr. anche Garavanti-Ferrari, voce Giurisdizione amministrativa, cit., pag. 214, Stato. La pubblica amministrazione come organizzazione, Padova 1958, pagg. 259 e ss.

Cfr. anche La Voilà, L'interesse legittimo come profilo di ulteriore situazione delle libertà e dei diritti, in Riv. dir. pubbl., 1953, pagg. 764 e ss.

Del collegamento tra interesse legittimo e diritto soggettivo proposto da Garavanti-Ferrari, ibidem, cit. Amministrazione, L'organizzazione, cit., pagg. 206 e nota 24, e pag. 247 per l'affermazione, sulla base di tale collegamento, della inapplicabilità della legge degli interessi legittimi.

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

La legge del 1865, in tutta evidenza, è motivata nella sua emanazione, e improntata nella sua struttura, della esigenza di difesa dei diritti soggettivi del privato; ma, nel quadro del sistema che si è voluto adottare, questa difesa è inevitabilmente commessa, come il rovescio di una medaglia, alla difesa dei diritti soggettivi dell'Amministrazione: tutte le volte che si fa questione di un diritto soggettivo del privato, se lo si accerta, lo si tutela; ma se la sua esistenza viene negata, si tutela un correlato diritto dell'Amministrazione (18). Se si pensa alla evoluzione sociale che si è avuta nella produzione dei rapporti tra Amministrazione e privato, all'ampliamento continuo e inarrestabile della sfera giuridica della persona, e specie di quella del se-

(18) L'affermazione ha un significato che può estendersi, nei limiti della sua chiarezza al fine del regolamento, anche nel senso di un appedimentario, perché, componibile l'analisi di problemi della natura delimitata, in senso di questione di giurisdizione, di rapporti di non con la questione di merito, di conflitto di attribuzione, e nel via; senza averne in tutti che si parrebbero, invece della principale linea di sviluppo dell'indagine, si dovrebbe l'affermazione essere esposta in dettaglio, secondo la quale, nei conflitti tra giudice ordinario e Amministrazione, la Costituzione, se accerta il diritto di giurisdizione del tribunale civile, in realtà dichiara l'intero tribunale nel merito, cit., su gli stati: Mercurio, Processi civili, cit., pag. 189 e ss.; Kuriyama su la Costituzione, La giurisdizione ordinaria, cit., pag. 91 e ss., 107 e ss. Per le limitazioni (non ancora, cit. Ferrero Tomasi, I giudici nel conflitto delle competenze amministrative, in Trattato di diritto amministrativo diretto da F. E. Orlando, vol. III, Milano 1951, pagg. 1796, 1797.

condo, e se si considera quanta parte ha avuto il giudice ordinario, soprattutto la Cassazione, con la progressiva riduzione dell'area di affermazione della propria giurisdizione<sup>(17)</sup>, forse nel prevenire o nell'accelerare questa tendenza, circoscrivendo nel riconoscimento e garantirla sul piano processuale<sup>(18)</sup>, si vede chiaramente in quale direzione il sistema del 1865 abbia giacinto maggiormente, al di là, se non contro, le intenzioni di chi lo dettò<sup>(19)</sup>.

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

(17) Ad esempio, nei decreti, del periodo immediatamente successivo alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, nel quale, si ricorda, la Cassazione non si occupò di risolvere l'ambito di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti di quello del nuovo organo: cfr. le significative considerazioni di VACCARELLI (in *Atti del Parlamento*, ecc., cit., pag. 480), nel senso che in tale periodo l'attività giudiziaria ordinaria, per compatibilità col nuovo giudice, restava come diritti soggettivi praticati precedentemente valutati come di loro natura, dalla stessa, in effetti, v. CASARETO-PICCOLI, *Una Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 241 e ss.

È appena il caso di ricordare che è in seguito a questo orientamento che a quell'epoca ancora la Cassazione che si sviluppò l'idea, poi non realizzata, dell'istituzione di un apposito tribunale dei conflitti: v. *Lettere Romane. I giudici nei conflitti*, cit., pagg. 1232, con indicazioni della prova di positività a favore da parte di MARTINI, di cui v. anche le note a *Ann. Roma 2 luglio 1877*, in *Giur. it.*, 1877, I, 2, 1034.

(18) Su questa questione, v. anche, nel senso, cit., nella letteratura più recente, VALLATA, *L'Amministrazione*, cit., cit., pagg. 350 e ss. e più recentemente in relazione alle affermazioni implicite contenute nella istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, DIARITA, *L'essenza di potere*, cit., cit., pagg. 279 e ss.

(19) Il tema sarà nuovamente ripreso nei paragrafi ss. 18 e 19.

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

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

CARRARO 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 Enrico Bionacci. — 11. Segue: l'area amministrativa, che, col detto sviluppo del privato, è al centro del sistema della legge distolta dal momento amministrativo, come espressione di una struttura giuridica dell'Amministrazione, che è qualificabile come un potere giuridico. Il limite negativo 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 nome delle prime con l'interesse privato, e delle seconde con l'interesse pubblico. Le possibilità di collegamento anche di norme di azione con interessi privati. Il problema della compatibilità dell'interesse legittimo, interesse legittimo e processo amministrativo risolti. Il rapporto tra interesse legittimo e norme di azione; la struttura della tutela di tale interesse da parte di norme di questo tipo. Le norme di relazione come norme di dichiarazione di diritti trasoggettivi di interesse. — 13. Segue: il profilo di differenziazione basato sul nome con le situazioni giuridiche dei soggetti del rapporto; le norme di relazione come le norme che determinano il limite negativo di tali situazioni, e le norme di azione come le norme invece che esse stesse giuridiche dell'Amministrazione; solo alcuni dei limiti del potere dell'Amministrazione sono assorbiti alla nozione di diritti soggettivi del privato; conseguente classificazione delle norme di relazione, nella più vasta categoria delle norme che determinano i limiti di estensione di quel potere. — 14. Segue: il contenuto delle norme di relazione del potere e quelle delle norme di azione; il collegamento delle prime con la determinazione degli elementi essenziali dell'atto; il nome con il problema della irrivocabilità 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 giudizio del rispetto delle altre norme di relazione. — 16. Il terzo profilo di approfondimento: l'analisi dell'ipotesi nella quale il contenuto del potere dell'Amministrazione è la dipendenza del diritto del privato; il potere di esproprio; l'impossibilità della costituzione in una modalità non del potere dell'Amministrazione e del diritto del privato; la dichiarazione di pubblica utilità anche il loro oggetto possibile del potere di esproprio e oggetto inespugnabile del diritto di proprietà; la rilevanza delle situa-

zioni giuridiche. — 17. Infine, la teoria della s.d. inoponibilità dell'atto amministrativo, sotto l'aspetto del concetto vero nell'ipotesi nella quale l'atto amministrativo sia valido, quanto all'oponibilità nella quale l'atto amministrativo sia invalido; la teoria della s.d. impugnazione del detto soggetto: la sua inoponibilità a spiegare la situazione della giurisdizione del giudice ordinario, di un atto amministrativo che abbia disposto di un diritto soggettivo del privato, conferma della conclusione precedentemente raggiunta nel senso che un atto amministrativo che sia suscettivo di un ricorso diretto all'Amministrazione, la posizione del privato gli in partenza non può atteggiarsi come un diritto soggettivo; l'atto emanato oltre i limiti di competenza del potere attribuito all'Amministrazione. — 18. La sostanziale costanza dell'interpretazione della regola della giurisdizione del giudice ordinario dettata dalla legge dell'atto del contenzioso amministrativo; il contenuto di questa affermazione con la progressiva riduzione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario; i rilievi generali della modificazione della disciplina del rapporto contenzioso; le implicazioni sostanziali della legge abilitata del contenzioso amministrativo; tale legge, comunque, non pervenisse una determinata disciplina del rapporto contenzioso. — 19. Le modificazioni della disciplina del rapporto contenzioso tra Amministrazione e privati che sono intervenute dalla legge abilitata del contenzioso amministrativo ed oggi, non spiegano la riduzione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario; considerazioni sulla generale sopravvalutazione dell'importanza del giudice interpretativo della regola della giurisdizione del giudice ordinario, nei confronti della valorizzazione del giudice competente; le relazioni della questione sulla prospettiva della situazione del rapporto contenzioso.

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, attingono alla previsione 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 notevole rilievo, e le maggiori possibilità di utilizzazione, l'elaborazione dottrinale della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, che si è sviluppata successivamente alla legge del 1863.

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 anche oggi ha un rilievo non limitato al di fuori dello specifico campo dei rapporti tra Amministrazione e privato, e, se si vuole, della giustizia amministrativa<sup>(7)</sup>; del resto, lo stesso posto che viene ad essa riservato nelle attribuzioni 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>(8)</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 non 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

(7) Del resto, si confida in pieno le prospettive e i debiti sviluppi di Carraro-Bazzani (nella sua *Introduzione*, cit., pagg. 29, 30), sulla responsabilità in altri nomi del diritto, e contenzioso di quello privato, di cui il contenzioso si è venuto delineando nel corso di una vicenda che non particolare, come quella dell'originale e delle origini della giustizia amministrativa in Italia.

(8) In argomento, cfr. Romano, *Contenzioso alla cortea*, cit., pag. 31 e ss.; Norsa, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 31 e ss.

figura del potere giuridico, nel piano della teoria generale del diritto: le sue prime definizioni, lo sviluppo della elaborazione del concetto, il ruolo determinante che essa ha finito con l'assumere, rispetto alle altre posizioni di vantaggio del soggetto, anche nei confronti dello stesso diritto soggettivo, pare che costituissero i tratti di gran lunga dominanti, della evoluzione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, in questo secolo<sup>(7)</sup>.

(7) Sul processo evoluto il quale si è venuta realizzando la nozione di potere giuridico, e nei contorni di questo, che la distal che abbiamo avuto occasione di accennare in un precedente scritto. *Nota in tema di decurtazione*, cit., pag. 202 e ss., tutto in quello come nel presente lavoro, si sceglie la formula del potere giuridico inteso come la forza coercitiva, in *Fondamenti di un elemento giuridico*, Milano 1947, v. *Primo*, *Secondo* (pag. 171 e ss.). E si preferisce anzitutto le parole inglesi che indicano in questa dottrina del potere giuridico, e la teoria letterale, che di una costante elemento in questo concetto: questo non risulta con particolare studio negli sviluppi e nelle applicazioni di quella dottrina e di questa teoria, che sono dovuti a *LAZZARINI* *ROMANO*, nella ricostruzione delle nozioni di *potere* e *potestà*, in *La forza non solo di diritto*, in *gli studi*, cit. *Accademie private*, Milano 1937, *passim*, ma specialmente pag. 27 e ss. *Contro* *concetto del diritto privato*, Milano 1935, *passim*, ma specialmente pag. 33 e ss.; *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1940, *passim*, ma specialmente pag. 31 e ss., 104 e ss., 131 e ss.; *Fondamenti sistematici del diritto privato*, Napoli s.a., pag. 140 e ss., 190 e ss.

La letteratura in tema di *potere* è vastissima; è a parte certa l'elaborazione, perché, che si citano, tra gli altri, *GIROUX*, *L'azione nel sistema dei diritti*, ripubblicata in *Studi di diritto processuale*, Bologna 1946, e nella natura delle rappresentazioni (ovvero, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1921, I, pag. 35 e ss., 57 e ss.); *POZZI*, *L'atto di disposizione e il trasferimento del diritto*, in *Annali dell'Istituto di scienze giur.*, vol. 1, (1907), pag. 34 e ss., ripubblicato in *Studi sulla rappresentazione*, Milano 1946, e *Formazione forme e diritto sostanziale*, Milano 1953, pag. 38 e ss., e la voce *Abrogazione* (*Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano 1958, pag. 140); *NOTO*, *Atto normativo*, in *Compendio del corso civile e corso di Scienza e Pratica*, Libro VI, art. 1990-1999, Bologna-Roma 1953, pagg. 39 e ss.; *FRANZI*, *Atto e diritto sostanziale*, Milano 1929, specialmente pagg. 67 e ss.; *GRIS*, *L'atto di disposizione del diritto*, in *Studi in memoria di Francesco (Atti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, 1937)*, pagg. 1 e ss.; *MORO*, *La subalternità delle azioni private*, Bari 1943, specialmente pagg. 100 e ss.; *COMENZI*, *Diritto subalterno e potere giuridico*, in *Id.*, 1941, pagg. 130 e ss., e 1942, pagg. 105 e ss.; *CASARETO*, *Fondamenti del diritto privato*, Padova 1936, pag. 31 e ss., voce *concetto critico* di *FRANCESCO* *FERRARA* in *I saggi sul patrimonio privato*, in *Riv. dir. univ.*, 1927, I, pag. 177 e ss., specialmente pag. 178 e ss., 208 e ss.; *id.*, nelle *let.* in *opere* di *CASARETO* *FERRARA*, *I saggi sul patrimonio privato*, pag. 103 e ss., specialmente a pag. 202; *FRANCESCO* *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. 2 e ss., 11 e ss.; *NOTO*, voce *Diritti potestativi*, in *Novo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino 1958, pag. 472 e ss.; *NOTO*, *Le potestà e gli effetti giuridici potestativi*, Milano 1939, pag. 130 e ss.; *ARZUFFI*, *Potere giuridico e diritti potestativi*, in *Rev. dir. univ.*, 1928, I, pag. 207 e ss.; *MORO*, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Rev. dir. univ.*, 1938, pag. 125 e ss., e in *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 41 e ss.; *FRANZI*, *Contributo alla teoria*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 34 e ss.; *NOTO*, *Il diritto soggettivo*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 44 e ss., 101 e ss.; *GRIS*, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., in *Ann. dir. pubbl.*, 1929, I, pag. 218 e ss.; *FRANZI*, *Introduzione allo studio giuridico*, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano 1938, vol. I, pag. 28, 30; *CASARETO*, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Padova 1934, vol. I, pag. 31 e ss.; *CASARETO*, *Le dottrine italiane del diritto internazionale pubblico*, in *Compendio e studi dell'Istituto di diritto internazionale e studio dell'Università di Milano*, vol. IX, Milano 1936, pagg. 177, 178; *NOTO*, *potestà*, in *La giurisdizione degli ordinamenti giuridici e l'assortimento giuridico*, in *La Pratica di diritto*, Milano 1937, vol. I, *L'ordinamento giuridico nel piano dell'assortimento giuridico*, pagg. 5 e ss., 26 e ss., 38 e ss., 71 e ss., 100 e ss.; *SANTAMARIA*, *Potere giuridico e potestà*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, 1914, 115; *COMENZI*, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino s.a. (no 1937), *specialmente* pagg. 221 e ss.; *FRANZI*, *Diritto soggettivo e diritto giuridico*, in *Rev. dir. univ.*, 1931, I, 125; *FRANZI*, *di ultima volta* voce *Effettività giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano 1961, *passim*, ma specialmente pagg. 479 e ss.; *CASARETO* *FRANZI*, voce *Diritto soggettivo*, nell'Enciclopedia del diritto, vol. XII, Milano 1954, pag. 423, ma una bibliografia particolarmente ricca sull'argomento (a pag. 425, 426).

La stessa letteratura di *potestà* del potere amministrativo, *cit.* *FRANZI*, *Teoria giuridica*, cit., vol. I, pagg. 55 e ss., e vol. II, pagg. 21 e ss.; 103 e ss., e 203 e ss. ma nel cit. le considerazioni di *CASARETO*, *Diritto generale*, cit., pag. 47 e ss.

On. anche *NOTO*, *Per la delimitazione del tipo di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1940, I, pagg. 28 e ss.; *FRANZI*, *La introduzione nel processo amministrativo*, Padova 1935, pag. 84 e nota 28, e la soluzione la *Art. del II* *convegno di diritto amministrativo* in *Atti del corso di diritto*, Roma 1937, pag. 18; *GRIS*, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e il suo rifarsi sul campo del diritto pubblico*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1953, pagg. 207 e ss., e *Noti orientamenti in tema di responsabilità degli atti pubblici*, *id.*, 1955, pagg. 70 e ss.; *OVATTANO*, *La responsabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950, pagg. 95 e ss.; *CASARETO*, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto delle potestà amministrative*, Milano 1934, *passim*, ma specialmente pagg. 83 e ss.; *COMENZI*, *Diritto e atto amministrativo*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1957, pagg. 308 e ss.; *BARTI*, *La voce latina*, Milano 1961, pagg. 103 e ss.; *SARIN*, *Natura ed essenza del diritto di potestà*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1964, pagg. 415 e ss.; *BARTI*, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1958, *passim*, ma specialmente pagg. 142 e ss., 147 e ss., 164 e ss., e 194; *NOTO*, *Il diritto giuridico*, cit., pagg. 42 e ss.; *VILLATA*, *L'evoluzione del giuridico*, cit., pagg. 39 e ss.

qui richiamata solo nei suoi momenti essenziali, e nei ristretti limiti nei quali ciò appare 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 risentiva, possibile solo *ex post*, di una evoluzione dottrinale di molti decenni, che risulta con maggiore evidenza la prima e fondamentale ragione 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 delimitato come replicazione di quello. È lo stesso gradioso 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, avrebbe da considerarsi nuova, se non fosse accompagnata dalla definizione di una posizione soggettiva della quale il negozio debba essere delimitato 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 ZITTELHANN, il merito della prima, e precisa formulazione del concetto del *Rechts* e dei *rechtlicher Künfte*, caratterizzati dai particolari effetti giuridici che vengono prodotti col loro esercizio<sup>(7)</sup>. Certo, la nozione proposta non poteva essere considerata del tutto nuova, giacché, anzi, era delimitata, 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 ZITTELHANN, se non altro perché fu la prima, con carattere di sistematicità, costituir un momento decisivo per la successiva elaborazione dottrinale.

(7) Cfr. *Lehrb. Rechtsw. Fundam.*, cit., pag. 172 e ss.

La formulazione della nuova nozione, per quanto mettesse in rilievo ciò che questa aveva di peculiare, non spense la sua attenzione fino al punto di recidere i legami che la tenevano unita alla originaria e incomprensiva figura del diritto soggettivo, nel cui seno fu individuata; essa, perciò, trovò la sua collocazione nell'ambito di questo, come specie in un genere; tale fase intermedia dell'evoluzione del concetto si ripercuoteva fedelmente nella terminologia dell'epoca: nell'espressione proposta dallo ZITTELHANN, come in quella di diritto potestativo diffusa 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: basterebbe ricordare il ricorso al concetto di nuovo onere che, come è a tutti noto, fece il CAPOVILLA, per qualificare e staccare dall'originaria figura del diritto soggettivo, l'elemento dinamico per eccellenza di questo, e cioè l'azione<sup>(8)</sup>.

Appartiene alla elaborazione dottrinale più recente il completamento dell'evoluzione, la quale, anche se può e deve essere valutata unitariamente, pare perché esseri caratterizzata secondo due direttrici non del tutto coincidenti, pur se strettamente connesse. Da un lato, si è avvertita 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 « forme attive », la cui replicazione costituisce azione giuridica. La fase finale dell'evoluzione dottrinale, vista da questo punto di vista, è l'equiparazione completa tra il concetto di esercizio di potere e quello di competeramento volen-

(8) CAPOVILLA, *Lezioni sul diritto del debito*, cit.

tario, che è come di modificazioni giuridiche<sup>(\*)</sup>, tra il concetto di esercizio del potere, quindi, e quello di atto giuridico. Quel che risulta 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 fonda 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 sensi diversi; è certo, tuttavia, che in casi complete distacco di ogni possibilità dinamica riduce l'esplicitazione 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 delimitato 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 riservata 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 soggettivo è uno dei termini: anche secondo la tendenza ora rievocata le relazioni che possono intercorrere tra il potere e il diritto soggettivo sono assai varie, ma per una più che per altre, la principale è nel senso che l'esercizio dell'uno può creare e, 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 esplicitazione: di

(\*) Cf. Biondi, *Principi*, cit., pag. 41 e ss., e, anche la nota all'articolo di Biondi, *Principi*, cit., pag. 100; cfr. sul punto Croceni, *Potere giuridico*, cit., pag. 141, 143.

conseguenza, esso è inalienabile, e comunque intransmissibile e imprescrittibile. Dati questi suoi caratteri, esso si muove sempre su un piano che è superiore a quello dei singoli rapporti che crea, e, 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>(1)</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 rivolge all'esercizio del potere, della normativa speciale 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, delimitata secondo uno schema procedimentale che è stato tratteggiato con diretto riferimento al diritto privato<sup>(2)</sup>, come traspare da palesi tracce di questa sua origine che sono rimaste nel suscitato 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 esso con quella di diritto soggettivo sono completamente rivoluzionati: non vi può più essere traccia della vecchia rela-

(1) Questi sono i tratti salienti della dottrina dei poteri di Savari Romano, *Principi*, cit., pag. 112 e ss., cfr. anche Savarese Romano, *op. loc. cit.*, sopra, alla nota 78.

(2) Savarese Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., par. 1.

zione, per la quale il potere è definito come una specie del genus diritto soggettivo; la tendenza, ora, è esplosiva, e sono i diritti soggettivi, estranei, ad essere considerati come una sottospecie dei poteri, come dei poteri che sono compresi nei limiti di un singolo rapporto concreto<sup>(7)</sup>; altrimenti, si arriva alla netta affermazione, che poteri e diritti hanno natura affatto diversa<sup>(8)</sup>.

11. Segue: l'atto amministrativo, che, nel 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 delimitati, 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 liceità 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, o la cui soluzione era stata allora lasciata in sospeso: si era osservato che, nel sistema della legge del 1865, i due protagonisti del rapporto presentavano diversi punti di emergenza; se, infatti, la posizione del privato è

(7) SARTI ROMANO, *Francoeur*, cit., pag. 148 e ss.

(8) MIZIA, *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 delimitare 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>(9)</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'eterogeneità 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 riflettono in qualche modo sulle particolarità del potere del quale esso costituisce l'esercizio; così, a তবে d'altra, tutte quelle complessive 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

(9) Cf. l'indirizzo base di CORONA, *Essenza*, per quanto di un breve ma più recente: «... (in tema del) il provvedimento amministrativo è un potere in quanto a (in tema del) la situazione del cittadino e dell'Amministrazione» (La tutela giurisdizionale, cit., pag. 72, 73).

comune sono detti d'imperio; nei limiti nei quali l'atto amministrativo costituisce un *actum*, nel quadro degli atti giuridici, anche il potere di cui esso costituisce esplicazione non può non costituire un *actum*, 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 posti i poteri collocati, come diverse *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 speciali dell'autonomia privata; esso dunque emergerà 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>17</sup>); in 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 repressiva, ma che comunque è assai generica (<sup>18</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 contrapporre a quelli che si sono qualificati come diritti del privato, posizioni dell'Amministrazione ugualmente definite; sotto questo profilo, perciò, è appena il caso di notare, al termine di diritti soggettivi che si è impiegato in quella parte

(<sup>17</sup>) Cf., in altre parole di idee, la diversa pubblicistica concezione di AZAROVITZ, *L'operatività amministrativa, cit.*, par. 10, e soprattutto i riferiti ad esempio tra *Amministrazione e privato* a pag. 333 e ss.

(<sup>18</sup>) Cf. AZAROVITZ, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo*, cit., pag. 41 e ss.; e *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1906, vol. II, pag. 335 e ss.

in qui compiuta della ricostruzione del sistema della legge del 1865, deve essere attribuito un significato assai del tutto generico: si è inteso richiamare con esso l'intero complesso delle situazioni giuridiche comprese nel vasto concetto di diritto soggettivo di un secolo fa, e cioè l'insieme delle posizioni di vantaggio sostanziali della norma oggettiva, allora soggettività, ed effettivamente soggettivate; 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. Sembrerebbe che quella dell'Amministrazione debba essere assai meno definita come un potere (<sup>19</sup>). Si deve tenere conto, al riguardo, di considerazioni molte in precedenza: nel sistema della legge abilitativa del contenzioso amministrativo, il soggetto pubblico si eleva 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: per mantenendo fermo, in linea di principio, quel concetto così ampio di atto, di attività amministrativa, pare ora possibile, sul fondamento di

(<sup>19</sup>) Cf., all'argomento, le conclusioni di CORRAO BERRIO, *Le teorie giuridiche*, cit., pag. 85 e ss.

tutto quello che siano venuti fin qui dicendo, accentrare 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 differenzialmente 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 casuale 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 premessa della autonomia pubblica e privata<sup>(1)</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 questo, esercitando la propria autonomia, e cioè concedendo, espropriando, assunendo impiegati, e così via, crea il proprio ordinamento particolare, intendendo questa espressione in senso simile a quello nel quale è definita come particolare l'ordinamento privato, che è creato mediante l'esercizio dei poteri di

(1) Si ritorna a ogni situazione della relazione letteraria sull'impoverimento dell'autonomia pubblica, e del suo rapporto con l'autonomia privata; cfr., però, le conclusioni di SARTI BONAZZI, *I giudici nei conflitti*, cit., pag. 1174, proprio dal punto di vista del fatto del diverso giuridicismo.

autonomia privata<sup>(2)</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 esplicitamente l'atto amministrativo che interferisce sulle posizioni del privato.

I poteri dell'Amministrazione, poi, possono avere relazioni di vario tipo con le posizioni che comprendono la sfera giuridica del privato, così come di vario tipo possono essere le posizioni del privato, che ai poteri dell'Amministrazione si contrappongono<sup>(3)</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, nel confronto 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, senza accadere 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 contrapposita po-

(2) Cfr. le conclusioni di ACCIURETTI, *L'operabilità amministrativa*, cit., pag. 3 e ss., nella configurazione dell'Amministrazione come pura sfera economica liberale che è stata la matrice della legislazione del 1981.

(3) Il tema è discusso alle considerazioni sull'argomento di SARTI BONAZZI, *Principi*, cit., pag. 174 e ss., 178 e ss.; e di SULLIVANTO BIANCHI, *Ordinamento amministrativo*, cit., pag. 128 e ss.

Sul tema, in generale, cfr. BIANCHI, *Conflitti alla base*, cit., pag. 40 e ss.; NERANI, *Il diritto soggettivo*, cit., pag. 10 e ss.; GASTONE, *Potere giuridico*, cit., passim, ma specialmente pag. 202 e ss.

sizione del privato rileva meno come il fondamento per una sua azione regolativa del rapporto stesso, e quindi da delinearsi 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 sostanziale, la sua costituzione, modificazione e estinzione. Tutte queste considerazioni portano verso una unica conclusione: la qualificazione come di diritto soggettivo che il legislatore del 1885 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, infatti, 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 abilitrice del contenzioso amministrativo: l'ipotesi, cioè, nella quale un atto amministrativo leda un diritto « civile e 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 incide.

Le considerazioni che pervengono, 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 maggior approfondimento dell'indagine in tale direzione, richiederebbe un'analisi e una descrizione dettagliata dei vari casi di correlazione 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 esse propongono. Solo, si vuole aggiungere una considerazione, che, del resto, ha sempre un carattere generale, e quindi trascende i profili ricostruttivi di una ca-

storia 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 privato, la sua posizione sia definibile, appunto, in termini di situazione giuridica soggettiva, che avrà carattere attivo, e 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 esaltati reticenti, nei limiti nei quali la situazione dell'Amministrazione dovrà essere definita come di potere giuridico, la posizione del privato sarà di sottomissione, 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 correlazione tra situazione giuridica del privato e situazione giuridica dell'Amministrazione. Di solito, infatti, 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 visto nella sua essenza, ed 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, e abbia il diritto di esigere una obbligazione di tale natura; si faccia il caso che venga esposta a danno del privato la linea di confine suddetta (\*): anche qui, si può parlare di violazione del diritto alla integrità patrimoniale, e vi-

(\*) Cf. Anselmetti, *L'operatività amministrativa*, cit., pagg. 198, 197 e gli altri nel citat.

mi, ma non pare che l'utilizzazione di tale modello ricostruttivo sia del tutto soddisfacente, e aderente alla realtà del fenomeno. Invece, 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 irrinunciabile; 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 sfera di azione, dell'obbligo del privato; ossia, considerando da un punto di vista negativo la sfera giuridica di questi. È ovvio che la contestazione relativa coinvolge 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 esercitata, ossia dell'obbligo; questo rilievo, naturalmente, vale anche a proposito della correlazione potere giuridico-soggerzione<sup>(17)</sup>. In ogni caso, e soprattutto, la questione relativa ai limiti dell'obbligo, della soggerzione 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>(18)</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-

(17) Cf. le considerazioni di Cassano, *Diritto privato*, cit., pag. 22.

(18) Cf. Cassano, *Diritto*, in *La nuova giurisprudenza*, cit., cit., pag. 137, con il riferimento e la relazione dell'ipotesi del Cassano al problema.

sione giuridica del privato, di solito diritto soggettivo, si concreta nella maniera con la quale l'ordinamento modella le due posizioni in gioco: dei limiti di sistema del potere dell'Amministrazione, si dirà nei paragrafi seguenti; qui si deve notare subito, peraltro, che quando poteri dell'Amministrazione e diritti soggettivi del privato sono a contatto diretto, i limiti di sistema del primo sono anche, e contraria, i limiti di sistema del secondo, nel senso che essi devono essere previsti nella medesima configurazione 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: non, 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 accolti, e in parte da giustificare successivamente: secondo la corrente 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 gioco; 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>(19)</sup>.

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

(19) Il punto sarà approfondito in seguito: cf., infra, al paragrafo 24.

posizione tra posizioni dell'Amministrazione e posizioni del privato, pare evadere 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>(7)</sup>. I poteri dell'Amministrazione, i loro caratteri, i loro limiti, attingono 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 risolvebbe 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 ricollegono alla capacità giuridica del soggetto, sia pure attraverso l'intermediazione del potere 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 attività 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-

(7) Per questo collegamento, cfr. SANTI ROMANO, *Fondamenti*, cit., pag. 175, 186; *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pag. 204 e ss.; *Fondamenti di diritto amministrativo*, cit., pag. 13 e ss.

Per il collegamento tra potere giuridico e capacità giuridica, cfr., invero, tra gli altri, CARROZZA, *Sulla natura della contrapposizione*, cit., pag. 95 e ss.; *MAZZA*, *Principi*, cit., pag. 81 e ss.

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

Da tutto ciò consegue che la contrapposizione tra poteri dell'Amministrazione e poteri e diritti dei privati, la posizione 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 dirlo col CARROZZA, 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'autocità 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 norme 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 corrispondenza 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 concretizza, 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 gioco 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 notiziati 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 vengono tutelati dalla norme 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 retissima dottrina dall'angolo visuale della distinzione tra le c.d. norme di relazione e le c.d. norme d'azione<sup>(2)</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 incrociarsi 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 del carattere 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 oggettivi, è legittimato 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 costituiscono per il privato delle posizioni di diritto oggettivo, e quelle norme dalle quali non viene prodotta questa offerta. Posto il problema in questi termini, non si vede come la distinzione accennata possa venire negata nella sua essenza<sup>(3)</sup>; non solo: non si vede come si possa negare che la distinzione stessa inseriva fin dall'inizio al nostro sistema di giu-

(2) 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 a due altre, e quanto si aggiunge ora, perché, devono essere considerati come legittimi corrispondenti in un senso sostanzialmente analogo, gli altri nuclei per i riferimenti bibliografici.

(3) Cfr. sopra, specialmente pag. 18 e le note 40 e 41.

stia amministrativa, e che con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, essa ha solo acquistata una nuova dimensione processuale<sup>(2)</sup>. La distinzione può ritenersi aperta, perciò, solo per quel che riguarda la definizione dei contenuti dei due gruppi di norme, e la precisazione del significato della loro differenziazione; e la distinzione, è ovvio, deve rispettarsi, ed anzi essere basata, sugli usi e costumi che emergono 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 della 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 può 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 obiettivi; 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 avvi-

(2) Del particolare punto di vista dal quale il ragionamento viene svolto, una nota può servire subito, anche se il contenuto è tal che con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, venne attuata una profonda trasformazione di quegli « interessi » che, secondo la dottrina dell'epoca, nel diritto della legge ordinaria del trattamento amministrativo sono sottoposti ai « diritti » e cioè, se si ritenesse che essi, da interessi di fatto fatti, come si dovevano considerare alla stregua della legge del 1865, nel 1869 diventavano situazioni giuridiche soggettive; cfr. CORONA BARRETTI, *Il diritto oggettivo*, cit., pag. 140; cfr. nel senso, 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 consona con i modelli 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>(3)</sup>; ma, senza dubbio, la maggiore elaborazione di essa si trova nella costruzione del GUICCIARDI<sup>(4)</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-

(3) BODI di questi usi, tra l'altro, gli usi di LORRINO (da una serie di limiti della competenza delle IV sezioni del Consiglio di Stato, cit. in Studi storici, vol. II, pagg. 204 e ss.); di WERRE (Il principio oggettivo del contenuto amministrativo, cit. in Giur. univ., 1881, IV, pagg. 1 e ss.); di PIZZARI (La giurisdizione amministrativa ed amministrata, cit. in Arch. giur., 1892, pagg. 496 e ss.); CIL. HERRA (Questioni teoriche e pratiche, cit. in Foro univ., 1948, IV, pag. 12).

(4) Ripeto, come è noto, nell'articolo *Concetti fondamentali e principi fondamentali nella giurisprudenza amministrativa* (pubblicato in Arch. di. pubbl., vol. II (1907), pag. 21 e ss., e tradotto nella *Giurisprudenza Giuridica amministrativa* (3<sup>a</sup> ed., Padova 1924, stampa esaurita 1937), alle quali si si rinvia nelle citazioni).

Cfr. anche TAVOLO, sulla natura più o meno amministrativa materiale e fatto amministrativo, cit. in senso egualitario nel 1877 Quirin., ma specialmente pagg. 38 e ss., 61 e ss., 77 e ss.; nonché la *Legge-parte dei diritti sul di pubblico modo*, cit., sempre in Arch. di. pubbl., 1877, pagg. 47 e ss.; *Accordi, interessi, contenzioso e interesse processuale*, cit., in Arch. giur., 1942, pagg. 129 e ss.; *Successi*, Per la definizione del tipo di competenza degli atti amministrativi, in Riv. di. pubbl., 1942, pagg. 25 e ss., 101 e ss.

Tra le citazioni che tale materia ha avuto in dottrina, cfr. tra le più recenti: CORONA BARRETTI, *Il diritto oggettivo*, cit., pag. 7; S. CORONA BARRETTI, *Il diritto oggettivo*, cit., pagg. 210 e ss., nonché *Le norme giuridiche*, cit., cit., pagg. 37 e ss.; *Successi*, Per la definizione del tipo di competenza degli atti amministrativi, in Riv. di. pubbl., 1942, pagg. 25 e ss.

sono basate 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: quanto, anzi, può essere il profilo dominante nella teoria del GUCCIANI (\*), anche perché l'autore rinvia ad esso la direzione dei mezzi di tutela dei quali può dipendere il privato, nei confronti degli atti amministrativi, rispettivamente, leciti e illegittimi (\*\*). 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 (\*\*). Il criterio proposto si riallaccia ad una delle poche costanti, che si ritrovano fin 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 JAKOBI. In questa 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-

(\*) GUCCIANI, *La giustizia amministrativa*, cit., par. 1, in specie par. 7 e ss.

(\*\*) GUCCIANI, *La giustizia amministrativa*, cit., par. 1, in specie par. 17 e ss.

(\*\*) Cfr., anche, bene così, e nelle stesse note, CARRA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo pubblico della legge tutela giurisdizionale*, in *Rev. crit. dir. pubbl.*, 1952, pag. 451 e ss.

sione di tutela degli interessi individuali. D'altro lato, 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, purimenti per definizione, quanto vengono sottoposte alle norme di relazione, tale direzione sarà affatto diversa: quella dell'interesse dell'Amministrazione, secondo la costruzione del GUCCIANI, la quale postula, evidentemente, una precisa prospettiva in materia di rapporti tra Amministrazione, Stato-apparato, Stato-ordinamento; e, forse, più sfumatamente, quella di un generico interesse pubblico, che si può concretare in varie pertinenze soggettive e in varie esistenze oggettive (\*\*), e che non esclude interferenze, anche tutt'altro che irrilevanti occasionali, con interessi individuali (\*\*). 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,

(\*) Il discorso del testo above qui non esclude certamente l'idea e non esclude per qualche riferimento alla letteratura di questi anni che, da vari punti di vista, ALONSO, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pagg. 1 e ss., 19 e ss., 41, 42 e ss.; CARRA, *Diritto amministrativo*, cit. I, Milano 1975, pag. 109 e ss. (in specie per i suoi interessi questi, *Costituz. di un altro privilegio del Fisco*, in *Clar. cost.*, 1967, pag. 1081); CARRA, *Diritto amministrativo*, cit.; PIZZARETTO, *Imparzialità amministrativa*, cit. in *Clar. cost.*, 1965, pagg. 381 e ss., specialmente pagg. 406 e ss.; F. LEO, *L'attività amministrativa della pubblica Amministrazione*, Torino 1967, pagg. 311 e ss., 349 e ss.; VILLATA, *Diritto amministrativo*, cit., cit., pagg. 841 e ss.; PIZZARETTO, *Interessi pubblici e interessi privati*, in *Rev. crit. dir. proc. cit.*, 1972, pagg. 37 e ss., se un piano diverso, ma con questi interessi anche in questo senso, e con ampio riferimento bibliografico.

(\*\*) Sul concetto esistente nella letteratura sull'argomento, del rilievo delle circostanze nell'interesse legittimo dell'interesse pubblico e dell'interesse privato, v. dal punto di vista dell'imparzialità e dell'amministrazione, ALONSO, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pag. 11 e ss. 12.

sotto il profilo della diversità degli interessi tutelati; non solo: si deve anche ritenere sostanzialmente valido il collegamento (fatto uno con gli interessi individuali, e dell'altro con l'interesse pubblico<sup>(7)</sup>). Ciò non toglie, però, che la distinzione proposta deve essere approfondita, e il suo senso chiarito, se non per qualche aspetto sovvertito.

Da un lato, infatti, come ha rilevato lo stesso GUCCIAZZONI, 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 consorta, cioè, per la quale l'attività è meno sospettata sul punto di vista di quest'ultimo. Confrontamento alla costruzione giurisdizionale<sup>(8)</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 dagli 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 valida nella misura nella quale si svolge la proposizione, sola apparentemente contraddittoria, che quelle medesime norme tutelano, e tutelano in modo assoluto, poteri, interessi dell'Amministrazione<sup>(9)</sup>.

(7) La stessa cosa viene ora già in queste pagine: cfr. GUCCIAZZONI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 121, e, nel punto chiarito, PIZZANI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 141 e ss.; cfr. anche LARONCI, *Di una serie di fonti della competenza*, cit., cit., pag. 212 e ss.

(8) Non può quindi giustificare la critica che GUCCIAZZONI (*Diritto generale*, cit., pag. 8) rivolge alla soluzione del GUCCIAZZONI, basata sulla considerazione che, secondo questa, le norme di relazione tutelerebbero solo interessi del privato.

(9) Cfr., con esatta precisione, GUCCIAZZONI, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 70, nonché le considerazioni gli succedono, *supra*, pagg. 137 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>(10)</sup>. Si consideri la posizione di un farmacista, nei confronti dell'apertura di un altro esercizio farmaceutico, e distanziata ancora di quella legale; per ampliare l'esemplificazione, si consideri anche la posizione del proprietario di un'area compresa in un comparto edilizio, il suo interesse a procedere lui stesso alla costruzione, nei confronti dell'esercizio del potere di soprappiessione: 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 (o tale viene ritenuta)<sup>(11)</sup>, che vieta l'esproprio senza diffida, e gli interessi individuali indicati, che con falsocosa 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 decantato; riprendendo gli esempi prima menzionati, 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 iner-

(10) Cfr. i citati di GUCCIAZZONI, *Diritto generale*, cit., pag. 8.

(11) Per la rinvenzione di questi poteri, secondo che si vedono le potestà del proprietario come un diritto soggettivo oppure come un interesse legittimo, cfr. *supra*, alla fine del paragrafo n. 15.

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 » (\*). Non si tratta del generico interesse pubblico che è rinvocabile 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 risolve 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 (\*\*): è l'interesse che è interesse, 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 vengono considerati dalla normativa di azione, in quanto in relazione a quelle, questi appaiono nei momenti e 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'assenza ad alcuni spazi 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, perché il discorso sia mantenuto anzi sintetico, e li-

(\*) Cf., nello particolare, Motta, *Qualità sociale e norme*, cit., pag. 10; *qualunque interesse individuale, se questo emerge con qualche tutela da parte dell'ordinamento giuridico, come diritto soggettivo, come interesse legittimo o come un bene sociale, e...* non va al di là dell'interesse pubblico, è soltanto una parte dell'interesse pubblico ».

(\*\*) Cf. a Cirio, *Dir. Amm.*, cit., cit. nella *Acciaio, Funzione sostanziale e interesse processuale*, cit., pag. 119 e ss., 118.

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. Sembrerebbe, 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 concessione che possa dirsi non meramente occasionale, tra una norma obbligatoria e un interesse soggettivo; era questa concessione pare doversi riscontrare negli esempi sopra richiamati, come in infatti altri casi a tutti noti, in questo tipo di 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 (\*\*); qui si considererà anzi 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, come solita, 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,

(\*\*) Cf., sopra, le pagine 118 e 119.

per il soggetto, interessi legittimi intesi come situazioni giuridiche sostanziali, è descritta soprattutto con l'asserzione che, in quel caso, la posizione del soggetto stesso è solo di interesse *accessorio*, di un interesse, cioè, al quale non può essere attribuito il carattere sofferto. 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 tutela 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 debba in via primaria, sulla base di una analisi approfondita del nesso 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 certezza si dissolve. Nella definizione suddetta, infatti, rimangono, 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 normativa: 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 ritrova più: esse 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 quella 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 (\*). 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 rischia d'eventuale incertezza e sfumatura 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 esito 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 coetti che, almeno tendenzialmente, si implicherebbero a vicenda.

La tesi che sembra di dover sostenere, pur dovendo delimitare 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 ritrova costantemente (\*\*), cioè, si deve sempre precludere, è relativamente eccezionale: non è certo in ordine alla maggior parte delle norme in parola, che si ritrova quella connessione con l'interesse individuale, che pare essere caratteristica della figura che

(\*) Cfr., sopra, il paragrafo n. 7.

(\*\*) Anche oltre, lo stesso, lo *Statuto* gli *Indicanti* di Torino (che non materiale e interesse procedendo, etc., etc., pag. 65) che la norma che tutela un interesse legittimo deve riguardare l'art. 16 dell'Amministrazione che si sottostano le atti amministrativi, in atti amministrativi in senso tecnico, limitazione che qui è sempre preesistente, conoscenza al legame tra interesse legittimo e potere dell'amministrazione (cfr., sopra, pagg. 184 e ss.) e alla conclusione sostanziale in merito di quell'atto e atti amministrativi (cfr., sopra, quell'ultima paragrafo no. 19 e 15).

si esaurisce; quella concessione, cioè, che prescinde quei rigori imposti, alla cui esistenza 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 criticarla. 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 avrebbe insufficientemente significativa, da un punto di vista ricostruttivo, pur essendo in sé sostanziale, 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 sbatura 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>40</sup>).

Fin da uno dei primi paragrafi di questo lavoro (<sup>41</sup>), si era notato come si possa parlare di situazione giuridica sostanziale solo quando il nesso tra norma e interesse del privato rivesta un 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>40</sup>) Cf. le puntuali critiche di TOSATO, *Interessi materiali e interessi processuali*, cit., op. cit., par. 1, in specie par. 11 e ss.

(<sup>41</sup>) Cf. supra, al paragrafo n. 2.

sostanziale, appunto quando, e solo quando (<sup>42</sup>), un interesse del privato ricorra da una norma di azione una puntuale tutela (<sup>43</sup>), la quale è mezzo per il perseguimento dell'interesse interno alla funzione amministrativa (<sup>44</sup>). Si noterà la divergenza di questa defini-

(<sup>42</sup>) Cf. le considerazioni di SACCOLO (Dizionario giuridico, cit., pag. 22 e ss.), e l'idea di una situazione in più rispetto delle figure sostanzialmente comprese in modo individualizzato nel concetto di interesse legittimo, per esempio da risultare questa affermazione di una esigenza di tutela di una azione troppo vasta, e troppo indistinta nei suoi contenuti: un ordine che la prima classificazione che si fa perché si deve tutelare, e come forma, è quella che distingue tra l'interesse legittimo interno come situazione giuridica sostanziale, e tal tal volta si propone una definizione, e la altre ipotesi di interferenze solo occasionali tra interesse individualizzato e norme di azione, che solo inappropiamente sono attribuite alla nozione sostanziale che poi a loro volta queste stesse ipotesi sono considerate di attività giuridiche, per risultare, giuridici per l'individuo che è diverso tipo possono essere quelle interferenze stesse. Pare anche possibile, e anzi probabile, che ulteriori classificazioni siano determinate dalla utilità degli interessi legittimi in senso stretto, secondo l'impostazione qui avanzata: ma la prescrizione del discorso in questa direzione si potrebbe trarre fuori dal testo del presente lavoro.

Nella classificazione degli interessi legittimi cfr. VITTO, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano 1974, pagg. 46 e ss., con un riferimento all'opera di CARRARA, *idea che è CARRARA*, Cf. *commento*, Roma, Il giudice amministrativo e signore della prova, Fasc. II, 1967, V, 14; CARRARA, *Non sul fatto della tutela degli interessi privati nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1967, pagg. 222 e ss.; LA VALLA, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriori relazioni della libertà e dei diritti*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1964, pagg. 222 e ss., 223 e ss. In ultima, c. CARRARA *Barra*, non inclusa, cit., pagg. 27 e ss.

(<sup>43</sup>) Anal. par. 1, in specie par. 11, *Interessi materiali e interessi processuali*, cit., op. cit., par. 11, pagg. 22 e ss., 23 e ss., 24 e ss., e par. 24 e ss., dove anche affermato che non di tutte le norme che poi non debba di azione dettate norme che possono dar luogo a un interesse, per se lui non restituisce di questa natura, nel vero, e in ogni caso non completamente soddisfacente.

Da altri esempi v. cfr. gli esempi nella dottrina come: MARINO, *Il principio ispiratore*, cit., cit. in *Giur. trim.*, 1971, IV, pag. 31; PAVAN, *La giustizia religiosa amministrativa*, cit., cit. in *Dir. giur.*, 1972, pagg. 202 e ss.

La tesi affermata è molto vicina alle definizioni di SACCOLO, *Il giudice davanti al Consiglio di Stato*, cit., cit., pagg. 41 e ss., e alle osservazioni di ORTUZZI, *Principi dell'amministrazione e principi costituzionali*, cit., par. 1 (a pag. 479), dal punto di vista del diritto collettivo. Cf. anche ACCIARI, *L'impugnabilità amministrativa*, cit., pag. 202 e nota 204, e pagg. 202 e ss.

(<sup>44</sup>) È evidente, peraltro, che la strumentalità della tutela dell'interesse privato si fa fuori della tutela dell'interesse pubblico, è opera della norma, e, si vorrebbe aggiungere, solo della norma: da questo punto di vista sembra chiaro l'irriducibilità dell'abito in modo diverso della relazione tra questi due interessi nella

zione, da quella tradizionale dell'interesse privato, tutelata di riflesso da una norma che mira, anzitutto, al raggiungimento di un interesse pubblico: dall'analisi delle figure nelle quali pare dettersi 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 *princeps* 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 (\*). Certo, è da una norma che si deve definire d'azione (\*\*), che statuisce 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-

mentare nei singoli casi. Pare evidente, perciò, la tesi della inapplicabilità del vincolo al giudice amministrativo quando l'interesse pubblico coincide con quello privato del quale si chiede tutela via la concorso non più perseguibile: nel fatto proprio da una tesi non dettata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 19 gennaio 1964, n. 3, in *Fav. am.*, 1964, III, 12, con note di SERRAVALLE, in quale ha influenzato le giurisprudenze successive, specie nei primi tempi (c. Cass. giur. amm., sez. III, 19 giugno 1973, n. 340; *Fav. am.*, 1973, III, 311, con note commentate di ROSA, e nel solo sez. V, 28 giugno 1973, n. 508, in *Reg.*, 1973, con *Didone* e *Robustetti*, n. 581). Anche da questo punto di vista, dell'esigenza di un maggior distacco del giudice amministrativo dall'interesse pubblico nei casi di conflitto del suo concreto, possono essere apprezzate le parole di CORRADI SERRAVALLE, citate nel commento di un solo loro lavoro di « conclusioni » del Consiglio di Stato nell'occasione della sua Sessione giustificativa: « Contrazione del riflesso amministrativo e la tutela del cittadino in un recente disegno di legge », in *Fav. am.*, 1965, III, 305.

(\*) Per la ricostruzione dell'ipotesi, cfr. anche TOSCANI, *Interesse materiale e interesse processuale*, cit., cit., pag. 25.

(\*\*) Nella giustificazione di questa qualifica, cfr., supra, al paragrafo n. 4, pag. 147.

mente proteggere in modo diretto, sia proprio quest'ultimo, anche se tale protezione trova la sua ragione d'essere in 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 (\*). Un analogo collegamento primario ed essenziale, pare doverci individuare tra gli interessi di quel farmacista, e di quel proprietario, ai quali si è sopra accennato, e le pertinenti norme di azione (\*\*). Dalle considerazioni che si sono svolte, in generale, e in relazione a specifici esempi, pare prendere consistenza una tendenza nettamente a favore dell'inaltazione dei profili soggettivi e sostanziali della posizione di interesse legittimo. Tendenza, che, sia pure nell'ambito della particolare prospettiva che si viene qui delineando, si ricongiunge 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 preoccupazioni o sviluppando costruzioni per altri aspetti assai diverse (\*\*).

(\*) Cfr. le considerazioni di CORRADI SERRAVALLE (Dizionario generale, pag. 24 e ss.) con le quali si conclude nell'affermazione che, nell'interesse legittimo, e in particolare in quello del vincitore del concorso, « il vincolo processuale dell'interesse legittimo. Inoltre, della tesi qui espressa da quell'autore, qui si diverge sotto due punti: anzitutto, il problema attribuito alla posizione tutelata del vincitore del concorso, anziché addirittura sostanziale, è in sé solo processuale, e non solo processuale; inoltre, non vanno punti concetti ed effetti che dal vincolo del giudice ai motivi delitti ed azioni, si può dedurre il carattere sostanziale dell'interesse tutelato dal giudice, per quanto sia sicuramente infelice l'immagine tralasciata nel giudice. Nel punto, cfr. infra, il paragrafo n. 25.

(\*\*) Su tutto il problema della relazione tra interesse pubblico e interesse privato, le cui posizioni successive nella linea dell'interesse legittimo, cfr. ALBERTINI, *L'impedimento amministrativo, dal particolare punto di vista di questo stesso punto*, in *Spedizioni* pagg. 81 e ss., 196.

Cfr. anche CORRADI SERRAVALLE sui limiti della tutela, cit., cit., in *Rev. trim. dir. pub.*, 1967, pagg. 240 e ss., *specie* pagg. 247 e ss., 250 e ss., 259 e ss.

(\*\*) Cfr., tra gli altri, NEREA, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 17, e *Quotidiani anche e meno*, cit., in *Fav. am.*, 1968, IV, 48 e ss.; CORRADI SERRAVALLE, *Dizionario generale*, cit., pag. 21 e ss., e *passim*; SERRAVALLE, *Il giudice davanti al Consiglio di Stato*, cit., pag. 18; PIANO, *Interesse legittimo*, cit., *passim*, in *specie* paragrafi n. 11,

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: o, in alternativa, 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 sovvertire il risultato esistente 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 avere 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 esagerazione 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 persone nel significato più pregnante del termine, dell'ordina-

pag. 67 e ss.; *Esposito et al. Giurisprudenza*, La giustizia ordinaria, cit., cit., pagg. 130 e ss., 136 e ss.; nella stessa opera, ma da un punto di vista costituzionale, e, tra gli altri, soprattutto *Esposito*, La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana, Milano 1963, pag. 10 e ss.

mento giuridico<sup>(2)</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 mere fatto, e quindi completamente indifferenziato, rispetto a tutti gli altri interessi di mere 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 parallelismo tra tale definizione, e quella della classica teoria sopra richiamata; sembra che la divergenza 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 apparta sull'impossibilità che una norma posta

(2) Cf. *Esposito*, *Disposizioni amministrative*, cit., pag. 130 e ss.

in funzione dell'interesse pubblico, tutela di riflesso non solo in linea di puro fatto, anche un interesse privato<sup>(7)</sup>.

Converrà 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 tornare a riprendere. Raccolgendo 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 siamina, 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 proprio delle norme di azione, deve essere visto nel carattere funzionale, per così dire, della disciplina che esse attuano: di qui, la posizione assolutamente prominente che seguita l'interesse pubblico, quella però inerte 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 proprio delle norme di relazione, per contro, sta nella risoluzione di conflitti intersoggettivi di interessi, all'esterno, quindi, della funzione amministrativa, che non dispongono: di qui, il carattere assoluto della protezione dagli interessi privati, oltre che di quelli pubblici contrapposti, ma non subordinati, che da esse, e da esse sole, scaturisce. Da ciò consegue, pur con quelle correzioni di

(7) Cf. i citati suoi pareri di Cassata, *Stato soggettivo*, ecc., cit., pag. 218, 219; ed. anche le considerazioni di Cassata Bazzani, *La tutela giudiziaria*, cit., pagg. 18, 19, e, da ultimo, la sua *Teoria*, cit., pagg. 25 e ss., e le visioni sintetizzate di Cassata, *Diritto generale*, ecc., cit., pag. 28, nonché GAVARINI-PICCOLI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 155, e VITTO, *La distinzione tra diritto e le norme con fondamento delle ripartizioni di competenza, in atti del terzo convegno di studi di diritto dell'amministrazione: La pratica dell'amministrazione*, Milano 1974, pag. 148.

Nella dottrina sono accolti, e. VITTO, *Interessi pubblici e interesse procedurale*, ecc., cit., pareri, nei quali sono pagg. 1 e ss., 22 e ss., 23 e ss.; ALBERTI, *Interessi sostanziali e interesse procedurale*, ecc., cit., pagg. 141 e ss.

prospettiva che si sono sopra delineate, l'esistenza dell'opinione, che è tanta parte nella costruzione del GUZZIARDI: 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 inerente 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 contrattanti 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>(8)</sup>. E al sostegno (indiretto) di questa lesione, che il legislatore del 1865 ha limitata, 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 inerenti allo 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, nelle più vaste categorie 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 nominato, 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,

(8) Cf. GAVARINI, *Diritto 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.

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: se 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 farla 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 decisiva per lo svolgimento del ragionamento che si sta tentando di delineare, che non deve parere 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, ed essere, 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>(7)</sup>. Raccogliendo 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>(8)</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, e, 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'usucapione 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 circolazione a tali beni dell'oggetto lecito dell'atto di usucapione. 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 rispetto, ha comunque per contenuto l'esposizione di un vincolo

(7) L'atto che l'Amministrazione emana in violazione di norme di relazione è quindi un atto in e contro di privato: alle sanzioni incombenti su di tale tipo di norme che sono nel vietato, e il tipo di invalidità che conseguentemente colpisce l'atto, si rinvia nel libro, al paragrafo n. 14. Per di più, perfino, sulla problematicità della nozione, v. GASTRO-PARÀ, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 387.

(8) Per una postuma dell'importanza di ULLMANN, sulla stessa a questo qui accennata, v. GASTRO, *Diritto pubblico e interesse legittimo*, cit., cit., *quodlibet* pagg. 432 e ss., 435 e ss.

sulla proprietà privata: per esempio, il potere di vincolo sulle cose d'arte<sup>(76)</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 e 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 e di autorizzazione amministrativa. Il fenomeno, sicuramente, richiede un maggiore approfondimento, ed una descrizione più dettagliata: esso sarà analizzato in seguito con maggiore precisione<sup>(77)</sup>, in relazione alla più tipica delle ipotesi che si esaminano, quella dell'espropriazione, giacché le considerazioni che si svolgeranno allora, saranno e fortiori valide anche per gli altri casi.

Non si può escludere, peraltro, che talvolta la norma di relazione prescrive all'Amministrazione un comportamento attivo, e cioè che il diritto soggettivo del privato abbia per contenuto una sua prestazione positiva. Occorre rievocare 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 le

(76) Cfr. la costruzione che saranno occasione di trattare in un altro studio, del potere di vincolo e vincolo artistico, nei casi sopra indicati da norme di relazione, e in quelli regolati da norme di azione, secondo un ordine di loro analogia e quello qui delineato: *Giurisprudenza in tema di dichiarazione di giurisdizione*, cit. in *Fine anno*, 1958, II, I, col. 377 e ss., specialmente 348 e ss.

(77) Cfr. infra, al paragrafo n. 15.

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>(78)</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 diritto 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, scostandosi oltre i limiti di esistenza del potere stesso: più facilmente, 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 assunzione di azione. È questo un punto nel quale vi è un accordo totale, la dottrina, assai raro per la sua unanimità: non solo concorda in ciò, ed è ovvio, chi intende tali interessi come rilevanti solo in linea di puro fatto, ma, per tale aspetto, tende come quello del GUICCIARDINI si incontrano con le più classiche delle definizioni dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale, come quella dello ZANONINI, 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

(78) Cfr. il « diritto affetto » di cui parla il CORVO, in *Commentario*, cit. pag. 181, 182; cfr. anche, cit. pag. 123, 126, e, pure le considerazioni, sostanzialmente in linea analogia a quelle del nota, di CORVO BARRA, *La tutela giuridica*, cit. pag. 123, 120 e, sugli « obblighi politici dell'amministrazione », quella di GUICCIARDINI, *La giurisdizione amministrativa*, cit. pagg. 15 e ss.

Altri riferi in SCOLA, *Il vincolo giuridico*, cit., cit., pagg. 144, 145 e ss., sostanzialmente da un punto di vista che compete una maggiore attenzione all'ipotesi nella quale il diritto si provvede attraverso da un presidente alla amministrazione, e da una precedente attività di diritto privato dell'amministrazione, rispetto a quella nella quale quel diritto deriva direttamente dalla legge.

interesse pubblico<sup>(49)</sup>. Da una premessa che, perciò, si può ritenere di tutto riposo, è possibile dedurre una conseguenza altrettanto piena: le norme di azione, anche quelle che accordano il massimo della protezione che esse possono dare a interessi 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 occupata, 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 estensione 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>(50)</sup>.

Le norme di azione, è noto, costituiscono una disciplina e alterano il 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

(49) L'elenco di una concezione con l'interesse pubblico dell'interesse pubblico tendere come legittimo, cioè che siano efficaci costantemente della detenzione, in ben presto già nel lavoro preparato della legge tentativo della quarta sezione del Consiglio di Stato: v. le addizionali in DEBONO, L'azione di potere, cit., cit., pagg. 52 e ss.

(50) Per una linea di ragionamento assai simile, v. TONELLO, Interesse sostanziale e interesse processuale, cit., cit., par. 10, ma specialmente pagg. 61, 62 e ss., di pari con collegi (pagg. 61 e ss.) diversi dalle supponzioni del testo.

giustificativi di questo secondo ordine di norma, 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 muovendo 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 inevitabile, nel quadro della regolamentazione del comportamento dell'Amministrazione. A difendersi di quello che si noterà tra poche pagine, a proposito della normativa che si svolge 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 sconta 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 differisca dal modello dello Stato contemporaneo, è del tutto evidente; ed è partecipe 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 comporta la definizione delle norme di relazione, la quale, oltre che inevitabile, è ormai anche insostituibile.

zionale. Si deve qui richiamare la nota giurisprudenza della Corte Costituzionale sui limiti esterni 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 presso 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 contemperamento dell'interesse pubblico inerente alla funzione, con quelle eventualmente collidenti di altri soggetti<sup>(67)</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>(68)</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>(67)</sup> Cof. precedentemente, *Traversi, Interesse materiale e interesse potenziale*, cit., op. cit., pag. 24.

<sup>(68)</sup> Cf., precedentemente, *Traversi, Per una definizione*, cit., cit., in *Rev. dir. pubbl.*, 1948, pag. 14.

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

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'angolo 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, resta 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 delimitati, 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, e costituenti di esistenza giuridica del potere. Questo senso 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 potere 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>(69)</sup>.

<sup>(69)</sup> Cf. *Traversi, Il diritto soggettivo*, cit., pag. 120 e ss., e in *una stessa pag.*

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 affiora 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 modelli concettuali e punti di vista adottati in precedenza, richiedono che certi elementi del potere vengano considerati nella precisione della sua individualità: soggetto, oggetto, etc. (7); 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

(7) Cf. SERRAVALLE, *Per una delimitazione del stato di incompiutezza*, cit. in *Riv. dir. pubbl.*, 1948, I, pagg. 29 e ss.

(8) Cf. SERRAVALLE, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1949, I, pagg. 133 e ss.

potere, eventualmente secondo i medesimi modelli 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'essenza degli schemi della prudenziaria, relativi agli elementi del negozio privato. Si deve arrivare, cioè, ad individuare i limiti di esistenza del potere soggettivi, oggettivi, formali, contestualistici, derivanti da presupposti, se si vuole anche prescintamentali, e così via (8).

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 del fatto: 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 del privato, costituiscono un settore relativamente ristretto nel quadro generale dei limiti di esistenza del potere stesso:

(9) Cf. SERRAVALLE, *op. cit.*, cit. secondo le linee di ragionamento che si sono proposte, anche i casi di forma dell'atto, di quelli richiesti ad esistenza, in quanto richiama dell'individua norma di esistenza del potere almeno all'elemento formale, si ha come in tal di atto costituito in assenza di potere; cfr. SERRAVALLE, *Profilazione in tema di esistenza del potere ed individuazione dell'atto amministrativo*, *Foro amm.*, 1948, II, 349, e, nota, *ibid.*, pag. 353, nota 1. Nell'ordine dei casi citati al quali si rimanda per il percorso delle opinioni espresse dall'autore sulla problematica di cui ad esso.

secondo uno spazio che si era accennato in precedenza, tali limiti attingono a quei caratteri del potere, che sono correlati al contenuto o all'oggetto dell'atto, e scendono quanto vieto, 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 tacere 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 nati, dal potere negoziale privato è del tutto ovvio.

La diversa impostazione che allora comporta inevitabilmente una correzione delle classificazioni e della terminologia fin qui adottate: si comincia a delimitare, 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 tutti le norme di esi-

stema 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 temperare 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 riservata, 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 specie 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, rischia l'arbitrarietà di una maliziosa collocazione, delle violazioni delle norme di esistenza diverse da quelle di relazione; se, al contrario, la delimitazione stessa viene ora profilata contrapposendo 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. Omettere sciogliere l'alternativa con delimitata, oppure presupporre 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 insolidità dell'atto amministrativo. — In base alle considerazioni che precedono, si intravedono ulteriori, più importanti completamente 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 vogliono contrapporre. Si risolve, 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 delimitare: 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 risolvesse a reperire 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'equivalente 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 ritecnificabili 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 (\*).

Comunque, sembra certo che le norme che limitano l'esistenza del potere dell'Amministrazione, disciplinano in modo primario il comportamento di questa, delimitando una specie di *serchia esterna* di tale posizione giuridica; e questa, però, ormai risulta chiara, che è completa, e che anzi è più completa di quella costituita dalle norme di azione: le norme del primo tipo, infatti, devono delimitare 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 politiche, 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'emissione 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

(\*) Cf. nota, al paragrafo n. 17.

avere per limite il limite stesso di esistenza del potere, o 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 non più di quel che può perdere in completezza, non 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 accusati 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 (\*), a rendere anche graficamente la disciplina dei rapporti tra Amministrazione e privati, con la contrapposizione delle due sfere giuridiche, con le incisioni delle norme di ambedue le categorie, si dovrebbe rappresentare la normativa di azione come

(\*) Cfr., per esempio, VIGORANI, *Diritto giurisdizionale*, cit., pag. 222; PIZZANO, *La disciplina del diritto dell'azione*, nel corso della giustizia amministrativa, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1907, vol. II, pag. 208, 207.

una linea istruita, sovrastata, non necessariamente continua, ma più dettagliata, e quindi più frangiata, 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 estrema, 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'individuazione 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'occorrenza 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, giace qui il massimo ruolo della 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, 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 (\*\*).

(\*\*) Cfr. ancora, da parte la sua stessa prospettiva, SERRAVALLE, *Per una definizione del rito di incompetenza*, cit., in *Ann. Giur.*, 1942, I, quaderni 1027-29 e n. 30 e n. 31, il quale, peraltro, non coglie l'occasione e individua le

Per esemplificare in che senso gli elementi essenziali del potere devono essere delineati con norme di esistenza, o 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 atipica 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 possessione della titolarità del potere debba avvenire mediante una norma di esistenza, mentre la detenzione dell'organo competente al suo esercizio debba essere oggetto di una norma di azione<sup>(1)</sup>: già nella proposizione enunciativa, infatti, affiora la contrapposizione tra il profilo dell'esercizio del potere, per definizione ricollegato alla normativa di azione, e quello della sua titolarità, che potrebbe attuarsi positivamente 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 coinvolge.

(1) Cf. MARULLI, opuscolo *Per la delimitazione del rito di incompetenza*, cit., *Riv. dir. pubbl.*, 1944, I, pagg. 180 e ss., e successivamente, *Problemi in tema di inammissibilità processuale*, cit., in *Facc. univ.*, 1944, II, pagg. 203, 206.

In giurisprudenza, oltre alle decisioni che si citano nella pagina che segue, per affermazioni sul senso della incompatibilità della indicazione di incompetenza assoluta, c. in le alibi, *Sup. VI*, 4 dicembre 1945, n. 595, *Facc. II*, *Rip.*, 1945, voce *Atto amministrativo*, n. 125; *Sup. VI*, 25 febbraio 1949 n. 84, *Facc. univ.*, 1949, 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. Esemplificativamente: è importante per il privato, come per qualsiasi altro soggetto, l'attribuzione al soggetto Stato del potere di espropriare; in linea di massima non lo è, e lo è molto meno, l'attribuzione della competenza al suo esercizio al prefetto invece che, pensiamo, al ministro; d'altro canto, l'attribuzione al soggetto Stato del potere di espropriare, 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 rivelarsi solo la 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 stesso in violazione della prescrizione in esame: prescrizione che, però, 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 avrebbe 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 inordinato addirittura

nella struttura di un ente diverso<sup>(7)</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. 20 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 esse 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

(7) La giurisprudenza si è orientata in questo senso anche per quel che riguarda il difetto della pubblica ripartizione di competenza tra Stato e regioni: v. in tal senso, Sez. IV, 15 gennaio 1968, n. 1, Foro it., Rep., 1968, voce Competenza, cit., n. 70; Sez. IV, 16 novembre 1971, n. 1965, id., 1972, III, I, con nota di richiami (cfr. però, Sez. IV, 19 luglio 1970, n. 886, Foro amm., 1970, I, 2, 776, che nega che un vizio di incompetenza consista in un provvedimento amministrativo a tutela di uno di interesse statale e unitario, in tal caso, giacché la competenza in materia spetta al presidente della regione con sede amministrativa dello Stato, in assenza delle norme di trasferimento della funzione: altrimenti, incompetenza assoluta si avrebbe così).

In tal senso, comunque, della violazione del riparto di competenza tra Stato e regioni il Consiglio di Stato si è prima pronunciato, in quanto si è sindacato competenza e contenuto atti amministrativi sotto il profilo di vizio di incompetenza che potrebbe poter essere dedotto davanti alla Corte Costituzionale da parte dei soggetti legittimati a sollevare il relativo conflitto di attribuzione: v. la decisione n. 1905 del 1971, con nota, e, in precedenza, Sez. IV, 24 ottobre 1962, n. 126, Foro it., 1963, III, 9, con nota di richiami. Tal dilemma è controverso problema dei rapporti tra questi conflitti e le norme di tutela degli interessi individuali: v. per tutti, in dottrina, BENEDETTI, I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, in Riv. crit. dir. pubbl., pagg. 161 e ss., con ampia citazione bibliografica alle quali si rinvia, necessariamente; e, MARZOTTI, I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, Milano 1972, vol. II, pagg. 131 e ss., pertinenti 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>(8)</sup>; si possono ricordare qui gli esempi scolastici, assai diffusi e anche un tantino circostanziati, del decreto di esproprio emanato da un provveditore agli studi, o di una laurea rilasciata da un intendente di finanza<sup>(9)</sup>.

(8) In giurisprudenza, tra le altre, hanno fatto così che probabilmente non fu dimenticato ad una certa ipotesi, Cass. 2 luglio 1965, n. 1215, Foro amm., 1965, I, 2, 469, che, nei confronti di una regolamento dipendente del potere, ha affermato che si debba sapere se esiste il potere (con la conseguenza giurisdizionale del giudice ordinario), poiché non spetta né alle amministrazioni né ai tribunali della Stato, e, in caso di necessità, ai prefetti, Cass. 24 gennaio 1966, n. 204, Foro amm., 1966, I, 2, 1415, che ha sancito la assoluta assenza di competenza (richiamando quindi inamovibile il ricorso) in un provvedimento di un concorso per scolaro emanato dal consiglio comunale invece che dal sindaco partitico. Chi vuole, Cass. 4 luglio 1950, n. 2482, Foro it., Rep., 1950, voce Impugnazione dello Stato, n. 184, che parla di atto di incompetenza nella parola stesso da una parte di potere.

Pertanto, è bene 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, PIZZARELLI, Il territorio degli enti territoriali, in Riv. crit. dir. pubbl., 1961, pagg. 574 e ss., con indicazioni bibliografiche alle quali si rinvia). Le ragioni del dubbio abbondano dovendo della pubblica amministrazione della ripartizione di competenza tra enti diversi una propria suggestione giuridica a spiegare l'effetto territoriale che si consegue pure rilevare anche l'incompetenza territoriale in questa sede; è certo, comunque, che la sussistenza di questi due elementi pure per lungo tempo erano stati di fronte di problemi più gravi della semplice ammissibilità possibile che, ancora i limiti stessi guardi, l'intervento debba valere come possibile di nessuna territorialità di attribuzione, una difesa a dominio provinciale del giudice. Il suo senso è stato di quello sul cui territorio si vuol la controversia? E che a questa conclusione occorre anche l'incompetenza territoriale in quanto tale pure confermato da un'altra considerazione: non è possibile in quale misura il problema si ponga le territoriali difese, per esempio nei confronti del potere giudiziario di sapere la natura di controversia della questione del luogo.

(9) In giurisprudenza, v. in tal senso CANTARELLI, Nuovo problema, cit., pag. 61 e ss. In giurisprudenza, v. Cass., 18 aprile 1963, n. 120, Foro amm., 1963, II, 232, che ha dichiarato nulla per incompetenza assoluta la sentenza di una delle G.L.L. da parte dell'ente amministrativo per le ragioni contro il sistema, giacché questa sentenza aveva solo un potere di incanto proposto nella limitazione di quei beni alla pubblica amministrazione del ministero, talora segue con poteri dell'ente il contratto con i relativi componenti, Cass., 11 aprile 1965, n. 109, Foro amm., 1965, I, 1, 248, che afferma che la nullità assoluta per gli accordi della pubblica amministrazione ha loro disapprovazione, poiché oltre la incompetenza assoluta, il provvedimento di quale un prefetto ha autorizzato l'ordine sull'ordine degli studenti difetti 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 delimitata 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>(7)</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 contours di esistenza del potere stesso, dei contours di esistenza, cioè, di quella possibilità di agire giuridico, di quella 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 proclamazione

contrastare la pretesa del v. ente. Cass. 15 marzo 1970, n. 708, Foro it., 1970, I, 320, con nota di richiami, che accerta la inadeguatezza della nozione, quando preclude che non sia applicabile alla fattispecie di una deliberazione di pubblica utilità di opere di interesse militare emanata dal ministro per l'armamento. Cfr. anche, con una concezione più ispirata, Cass. giur. 1966, n. 29 novembre 1966, n. 361, Foro it., III, 124, con nota di richiami, e 21 luglio 1970, n. 486, Foro it., 1970, I, v. 808.

(7) Nella problematica relativa al concetto di competenza sulla sua relazione con i contours di funzione, di capacità, ecc., cfr. SACCOMINI, L'esperienza amministrativa, cit., pagg. 312 e ss., con ampio richiami bibliografici.

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>(8)</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 intessere 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 produzione 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-

(8) Tutto il ragionamento deve essere riferito allo studio del problema del grado e dell'entità della diversa natura della ripartizione di competenza tra i vari organi amministrativi di SACCOMINI, L'esperienza amministrativa, cit., pagg. 312 e ss.

È vero, 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 effettivamente considerata un'attività complessiva oggettiva) e il soggetto, intenzionalmente privato, al suo contrapposto ad singolo rapporto, e quindi appunto, inverso, possono potersi sostanzialmente risolvere in diversi nuclei vicini; e proprio il problema della ripartizione di competenza tra enti e organi, sopra ricordato, può costituire la più efficace complicità della relazione delle differenti prospettive, in questa ripartizione di competenza, dal punto di vista del privato, almeno in quei casi, più o meno, che non possono essere, tale valutazione deve evidentemente restare quando non il quadro complessivo, quando si consideri il rapporto che per quella medesima ripartizione di competenza si crea a essere, appunto tra enti e organi: è evidente che qui non acquista una rilevanza primaria, con conseguenze che si possono riferire nella configurazione delle strutture giuridiche in gioco, e quindi nei limiti di validità di questo, che eventualmente si tentasse di aggiungere a quelli di semplice esistenza.

mente negare della figura in questione, ma anche divergenti dalla generale tendenza restrittiva della figura stessa (7).

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 scambinamento, inevitabilmente tende a riferirsi anche agli atti che di quei poteri costituiscono l'esecuzione. Ben si comprende, perciò, come, nella dottrina più recente (8) si ritenga

(7) A favore di questa soluzione, cfr. per tutti GAVONI, *voce Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè 1965, pag. 313, 315, 320 e s.

(8) Tra gli autori che tendono invece a collegare la validità dell'atto amministrativo, alla validità da parte dell'Amministrazione dei limiti di esercizio del potere, e questo nesso si dimostra conseguente del problema, e della possibilità di una sua soluzione positiva, cfr.: BIANCHI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 365 (questa stessa norma all'esistenza del provvedimento in cui i quali potrebbe perfettamente comprendersi nella nozione di atto emanato oltre i limiti di esercizio del potere); BERRONE, *Appunti di diritto amministrativo*, 2° ed., Padova, 1958, pag. 185, 118; GAVONI, *voce Atto amministrativo*, cit., pag. 311 e s.; FINI, *Intorno agli atti*, cit., vol. II, pag. 167; F. SERRA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1962, pag. 290 e s.; cfr. anche le considerazioni di MARRAS, *Problemi civili*, cit., pag. 39 e s. Il problema, poi, era iniziato che spinto alla destra non erano: cfr. TANTINI, *Diritto giurisdizionale*, cit., pag. 445 e s.

In questo, non vengono dimenticati le parole di BIANCHI: « di questi atti », cfr. nel testo di citato *Principi* in tema di mancanza di potere ed invalidità dell'atto amministrativo, in *Fav. amm.*, 1964, II, pag. 328 e s.; e, anche, nel le citazioni dei suoi precedenti scritti, tra i quali particolarmente interessanti qui, *I limiti di esercizio dell'atto amministrativo*, in *Rev. dir. proc. civ.*, 1963, I, pagg. 131 e s., che tende a restringere i casi di validità dell'atto amministrativo, in particolare nei confronti della validità del detto oggetto del potere, ma che oltre l'ipotesi di invalidità dell'atto stesso per un giudice ordinario ed escluso di tali casi, cfr. GAVONI, *voce Atto amministrativo*, cit., pag. 191.

Per un'opinione sostanzialmente contraria alla validazione come atto nelle del fatto amministrativo fatto di un fatto oggettivo, cfr. GAMBINO BARRON, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 128 e s.

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 (9).

Non pare scalfire la validità del rilievo del nesso del quale si discute, la considerazione che talvolta l'affermazione di quella validità è prospettata come spunto critico del criterio di ripartizione tra le giurisdizioni adottato dalla giurisprudenza, basata sulla contrapposizione tra contestazione dell'esistenza del potere e contestazione della legittimità del suo esercizio (10); spunto critico che si deve ritenere che debba riguardare anche quella parte del ragionamento che qui si propone, la quale tale criterio parebbe

(9) Per riferire l'atteggiamento giurisprudenziale in ordine al problema anzianità nel testo, prima di avere una definizione le procedure esistenti in ordine a variabili ipotesi: a quelle delle quali viene impugnatore, di altro davanti al giudice amministrativo, in atto amministrativo emanato sulla base di una norma, necessariamente debbono necessariamente illegittimità della Corte Costituzionale; in tali casi, come si è, dopo qualche iniziale esitazione (cfr. Sez. VI, 20 febbraio 1968, n. 11, in *Giur. cost.*, 1968, pagg. 228 e s.), una nota critica di BARRON, *Intorno a illegittimità ordinaria di atti e di atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme amministrative* per avere preceduto l'istituzione a favore del mantenimento della giurisdizione del giudice amministrativo, cfr. per tutti la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 15 aprile 1963, n. 1, in *Fav. it.*, 1963, III, 303, una nota di commento in *Giur. cost.*, 1964, I, 1024, una nota di LOMAS, *Orientamenti in tema di effetti della sentenza di annullamento della Corte Costituzionale* in *Giur. cost.*, 1962, 1212, una nota di A. S. GAVONI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo nell'impugnato*, in *Atti A. SERRA, Problemi di illegittimità costituzionale di una legge e nullo di reato giurisdizionale amministrativo*, in *Fav. amm.*, 1964, II, pag. 133 e s.; La VALLA, *La sentenza della pronuncia di incostituzionalità nei provvedimenti e negli adempimenti amministrativi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1963, pag. 271 e s.; PIANO, *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi* in *Fav. it.*, 1964, III, vol. 300 e s.; JONARDI, *Osservazioni in tema di mancanza di potere nelle P.A. conseguente a pronuncia della Corte Costituzionale, ed invalidità di provvedimenti amministrativi*, in *Fav. amm.*, 1961, II, 118.

L'atteggiamento giurisprudenziale sopra richiamato, si è in del suo significato, questa, ma può non essere sufficiente non necessariamente tenuto ad apprezzare le conseguenze, in ordine all'invalidità dell'atto amministrativo, dell'eventuale annullamento degli atti in tema di potere.

(10) Per questa critica, cfr. CORRADI BARRON, *Le note plurime*, cit., pag. 95.

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 cedevoli su materie sensibili che dovessero essere tratti, per avventura anche la difformità di opinioni diffusamente accettata: da questo punto di vista, che l'atto amministrativo che viola 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 infermare 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 e 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 inevitabili trasposizioni automatiche; ma non per questo violazione di una norma di esistenza del potere deve significare necessariamente inesistenza o anche sola 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, produce la nullità del contratto solo in quanto non sia diversamente disposto. Lì la necessità della correlazione è fatta. Qui si può intravedere lo stesso. Di più: si può intravedere addirittura che, per la diversità della natura e della consistenza degli interessi in gioco, 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 inteso per la natura, si vorrebbe dire, con la quale il discorso che si veniva svolgendo ha finito con l'interrogare la problematica della invalidità dell'atto amministrativo: come emergerà ancora di più dalle considerazioni che si andranno 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 delicata, da rendere inadeguati e incerti accenti 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 ritiene di proposito, perciò, dall'approfondire questi temi, per quanto siano emerse alcune 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>(\*)</sup>: esse appaiono largamente insoddisfacenti. Anzitutto, per la confusione del linguaggio tra i vari autori: nessuno come norma di re-

(\*) Sembra inutile apponere il ricorso ad questa bibliografia della letteratura sulla invalidità, esecutività, nullità, inesistenza, etc. degli atti amministrativi, a cominciare dalla classica monografia di De Vito (Le nullità degli atti amministrativi, Roma 1917): si rimanderanno solo alcune pagine di polverosi, quasi tutti esclusivamente recenti, che appaiono più legate alla tematica specificamente considerata nel presente lavoro.

Anzitutto, gli autori di Scovazzi: si veda per esempio il capitolo più volte fatto di Prefazioni in tema di autonomia di potere, etc., in *Fine anni*, 1964, II, 289 e ss., dove (non di loro iniziativa) i numerosi precedenti sono in argomento di tal natura.

Per la posizione di Cassarese, si veda soprattutto la sua *Autonomia*, etc., cit. in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, pagg. 127 e ss., e *Discorso generale*, etc., *passim*; cit. anche la sua *Giurisdizione amministrativa*, etc., cit. in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, *passim*, ma specialmente pagg. 217 e ss., di cui è scaturito Pizzò.

laziare, atto con certezza di potere, inesistenza e nullità dell'atto, e così via, sono volta a volta recepite e utilizzate con esiti diversi; cosicché una ricostruzione non generica di tale stato proporzionale 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 schematico, formulato per di più senza tenere troppo conto delle elaborazioni dogmatiche che privatisti e teorici generali sono venuti per la loro parte approfondendo<sup>(6)</sup>, ad una materia che si presenta più ricca e classificata di quanto possa apparire a prima vista.

La legislazione, quella statale<sup>(7)</sup>, ma anche quella regio-

<sup>(6)</sup> del quale v. *Intorno legittimo e giurisdizione amministrativa*, cit., specialmente vol. II, pagg. 200 e ss.

Nella struttura di *Giurisdizione ordinaria e amministrativa*, cit., specialmente pagg. 17 e ss., 181 e ss. delle *Lezioni*, cit.

<sup>(7)</sup> Cf. ancora: *Giurisdizione. La giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 17, 33; *Giurisdizione. Osservazioni sull'inesistenza di decisioni di merito amministrativo*, cit., in *Ann. dir. pubbl.*, 1952, I, pagg. 108 e ss., e *Stato soggetto e interesse legittimo*, cit., in *Riv. dir. pubbl.*, 1953, pagg. 440 e ss.; *Mazzanti, Processo civile e pubblica amministrazione*, cit., pagg. 89, 93 e ss., 148 e ss.; *Karsoner su la Giurisdizione, la giurisdizione ordinaria*, cit., cit., *passim*, ma specialmente pagg. 43 e ss.; *F. Arca, Giurisdizione ordinaria*, cit., cit., in *Riv. dir. priv.*, 1963, pagg. 209 e ss.; *Vizzari, Osservazioni*, cit., cit., specialmente pagg. 33 e ss., 314 e ss. In relazione al vai di interventi e di competizioni dell'organo, v. *Cass. Inadempimento di parte delle Città Costituzionali del preesposto della legge e degli atti amministrativi di legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1963, pagg. 618 e ss.

Nella letteratura sono ancora, cit., in gli atti, *Vaccarella, Le distinzioni giurisdizionali*, cit., cit., pagg. 447 e ss.; *Passarelli, La giurisdizione amministrativa*, cit., cit., in *Arch. giur.*, 1962, pagg. 324 e ss.

Cf. anche le recenti opere della rassegna della dottrina dei poteri da parte di *Bassi, Lo sviluppo del potere (profilo storico)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1964, 203; *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano 1965.

<sup>(8)</sup> Cf., per esempio, le citazioni scritte di *De Giovanni, La nullità nelle leggi del diritto*, Napoli, 1964, v. di ultimo libro. *Due saggi sul nuovo diritto (1949-1960)*, Napoli 1962, *passim*, ma specialmente pagg. 102 e ss.

<sup>(9)</sup> La disposizione già citata è stata l'art. 209 del r.d. 1 marzo 1934, n. 209, r.l. della legge concernente le procedure, che riconosce la nullità delle deliberazioni comunali e provinciali prese in violazione degli, e alterate negli aspetti essenziali del

nale<sup>(8)</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 fini della nullità e della inesistenza dell'atto amministrativo fa riferimento con una certa frequenza: con affermazioni positive di carattere generale<sup>(9)</sup>, ma

trilazioni degli organi deliberanti, e che sottopone violazioni di legge, che deve immediatamente dall'art. 209 del precedente testo unico approvato con r.d. 1 febbraio 1934, n. 148, per la giurisprudenza in proposito, cf. *San. V*, 22 ottobre 1960, n. 1219, *Fav. II*, 1967, III, 790, con nota di richiami, che afferma che il termine « nullità » è stato qui impiegato dal legislatore in senso generico, comprensivo, cioè, tanto della nullità che della inesistenza: « vita e vita, allora, occorre verificare, in relazione alle fattispecie e alla norma violata, quale ipotesi ricorra. In dottrina, da ultimo, v. con riferiti agli insegnamenti, v. *Bassi, Correnti dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1963, pagg. 317 e ss.

Ma non è tutto: anche il r.d. con cui, per esempio, l'art. 126, ultimo comma, del vecchio r.d. 1 marzo 1934, n. 209, prevede la nullità definitiva di determinati regolamenti. E ancora: il d.l.c.p.s. 4 aprile 1967, n. 107, sul trattamento giuridico ed economico del personale civile non di ruolo in servizio nella amministrazione dello Stato prevede la nullità delle assunzioni di personale non di ruolo (in proposito, v. *San. IV*, 7 luglio 1967, n. 323, in *Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato* 1967-68, Roma s.a., con *Famulari*, n. 136). Una stessa nullità nella legislazione potrebbe in loco esse voluta attraverso altre norme.

<sup>(8)</sup> Cf., per esempio, l'art. 4 della l. rep. n. 7 maggio 1956, n. 34, che prevede la nullità dell'assunzione di personale non di ruolo (ad esempio, v. *Cass. giur. econ.*, rep. dir., 29 aprile 1967, n. 274, *Fav. amm.*, 1967, I, 2, 608, e 12 luglio 1968, n. 108, *id.*, 1968, I, 2, 344); e l'art. 23 della legge abrogativa della provincia di Bolzano 28 luglio 1965, n. 8, che dispone « ... nullità di pieno diritto e quindi inapplicabilità di effetti giuridici e le deliberazioni e i provvedimenti di qualsiasi natura emessi, relativi ad operazioni opere non concernenti a piani censali in vigore ed esauriti ».

<sup>(9)</sup> Cf., per esempio, *Cass.*, 28 aprile 1966, n. 309, *Fav. II*, *Rep.*, 1966, voce *Competenza*, cit., n. 18 (applicando la norma di soluzione del diritto al giudice ordinario di presenziare le sessioni dell'amministrazione al sindaco di beni, quando questi siano intervenuti in via ordinaria, e in virtù di atti amministrativi di accertato contenuto); *Cass.*, 4 aprile 1968, n. 309, *Fav. amm.*, 1968, I, 348 (atto amministrativo emesso oltre i limiti del potere dell'amministrazione deve essere considerato nullo); *Cass.*, 20 ottobre 1966, n. 3414, *Fav. amm.*, 1966, I, 3, 127; *San. V*, 22 giugno 1966, n. 208, *Fav. II*, *Rep.*, 1966, voce *Giurisdizione amministrativa*.

anche con decisioni nei confronti di concrete fattispecie<sup>(6)</sup>, che si aggiungono a quelle ricordate poco sopra a proposito della in-

n. 240; Cass. giust. amm. sez. IV, 10 ottobre 1961, n. 195, Foro amm., 1961, I, 2, 1047, e 21 marzo 1962, n. 196, Id., 1962, I, 2, 442.

Parlamentare esplicitiva la sezione della Cassazione II settembre 1974, n. 490, Foro it., 1974, I, 2051, con nota di Bassani: il decreto di esproprio basato su una dichiarazione di pubblica utilità priva della indicazione dei termini per l'adempimento delle opposizioni e dei lavori, in quanto emanato in assenza di potere, è infirmo e trasferisce all'interessato la proprietà dell'immobile espropriato.

(6) V. i suoi esempi, v. Sez. V, 27 aprile 1967, n. 302, Foro it., 1967, III, 438, con nota di richiami (nullità di una deliberazione amministrativa, i cui vizi non sono stati accertati da tutti gli intervenuti); Sez. VI, 14 luglio 1970, n. 505, Foro it., 1970, III, 345, con nota di richiami (ammissibilità di un ricorso per mancata comparizione dei componenti il collegio); Cass., 9 giugno 1968, n. 2000, Foro it., 1968, I, 2040, con nota di richiami (costanza della decisione di un stesso giudice in della stessa ipotesi in cui si sia agito e non sia intervenuto l'organo emanante per l'impugnazione della stessa cosa); cf. anche Cass., 18 marzo e 28 aprile 1965, nn. 573 e 1280, Foro it., rispettivamente 1965, I, 302, e 1965, I, 194, anziché con nota di F. Ferrero; Sez. V, 13 novembre 1965, n. 1871, Foro amm., 1965, I, 2, 1432 (costanza di domanda di annullamento del consiglio comunale e opposizione alla stessa alla lettera di invito); Sez. V, 12 luglio 1971, n. 795, Cass. di Sen., 1971, I, 1425 (nullità di un decreto di esproprio passato per l'amministrazione opedilera emanato non dal consiglio, ma dall'assessore, appunto nella qualità di esponente che si vuole ad attribuire, con l'applicazione della non necessità della specifica licenza pubblica per la dichiarazione di nullità da parte dell'amministrazione stessa); Cass., 2 marzo 1964, n. 405, Foro it., 1964, I, 795, con nota di richiami (nullità del provvedimento di licenziamento di un dipendente da parte di un amministratore di una azienda costruttrice con più di ventisei dipendenti, non deliberato dal consiglio di amministrazione; del. per. 4 ottobre 1965, n. 184, Foro it., Sup., 1965, con l'appoggio della Cass., n. 145 (nullità della costituzione degli azionisti ad un impianto della Stato, scaginata non con la nullità dell'art. 234 del d.P.R. 30 gennaio 1957, n. 17); Sez. V, 21 ottobre 1952, n. 917, Massimo compendio della giurisprudenza del Consiglio di Stato 1952-53; con note di richiami e commento, n. 227 (nullità della modificazione effettuata con ordine giudiziale alla disposizione del regolamento edilizio comunale che vieta l'installazione di altri distributori di carburante a Roma entro il perimetro delle zone urbane); Sez. VI, 21 novembre 1956, n. 918, Foro it., 1957, III, 290, con nota di richiami (nullità di un'istruzione alle tribune e all'esecutori circa il rispetto non di uno per il raggio di servizio di un fontanone); Cass. giust. amm. sez. IV, 11 giugno 1958, n. 408, Foro amm., 1958, I, 2, 503 (nullità del provvedimento col quale la commissione provinciale di controllo avrebbe fatto ricorso al consiglio di un comune soltanto all'insuccesso della sua funzione giurisdizionale, se stesso in materia di costruzione edilizia, ovviamente prima della sentenza della Corte Costituzionale 27 dicembre 1965, n. 315; Sez. V, 14 febbraio 1967, n. 105, Foro it., 1967, III, 233, con nota di richiami (fattispecie relativa alla imposizione di una società di studio da

competenza assoluta; e ciò, sia pure con una inquadatura contestuale sponso deboli e confusi<sup>(7)</sup>, della quale la dottrina porta sicuramente molta parte di responsabilità.

parte del studio, sulla base di un giudizio patto positivo e livello regolamentare); Corte dei Conti, Sez. II pass. passiv., 27 giugno 1956, n. 7823, Foro amm., 1956, I, 2, 123 (nullità, quando da accertare al di fuori dello spazio e limitato provvedimento di annullamento e revoca della concessione di permessi, in quanto si riferisce a soggetti che non ne ha più il requisito perché venire passivo a nuovo contratto); Corte dei Conti, Sez. III pass. att., 3 dicembre 1972, n. 20690, Foro amm., 1972, I, 2, 104 (dichiarazione di inammissibilità di ricorso contro il danno di permessi posticipati, perché posto due condizioni sulla base della prescrizione contenuta nella concessione del servizio); I presidenti separati non sono soggetti al rinvio come tutti a cui di nullità come a cui di inammissibilità dell'atto amministrativo, talvolta presentata nei fatti o discutibili, e così via, ma di cui si è dato comunque senza perché anche che costituisce un giudizio sostanziale di alcune costituzionali.

(7) Cf. ancora, oltre alla sentenza richiamata sulla nota che precede; Sez. V, 27 settembre 1961, n. 476, Foro it., 1961, III, 381 con nota di richiami (la quale si è già inammissibile assoluta e quindi nullità nel provvedimento con i quali il comune prima ha rifiutato e poi ha revocato la licenza edilizia per autorizzazione di eseguire su una agenzia di un'azienda edilizia, definita con la Cass., 19 dicembre 1965, n. 274, Foro it., 1965, I, 311, con nota di richiami anche di letteratura, quando l'art. 16 della legge 4 aprile 1957, n. 745, con nota di G. de Santis); Cass., 24 marzo 1964, n. 664, Foro amm., 1964, I, 2, 331 (nullità dell'aver emesso del valore del 100 per cento al fine dell'applicazione dell'imposta di successione da parte del comune direttore degli uffici di cui, se non è stato sciolto l'ufficio per l'istituzione del vertice); Cass., 3 luglio 1965, n. 1495, Foro it., 1965, I, 2098, con nota di richiami (non è nulla il decreto del Presidente della Repubblica di approvazione del piano particolareggiato della urbanizzazione della sezione Torralba del comune (non, data l'opera del fatto, del provvedimento) con la giunta del territorio del Consiglio dei ministri); App. Milano, 17 marzo 1968, Foro amm., 1968, II, 61, con nota di richiami di Lettera, sull'impugnazione di un provvedimento di sospensione a titolo cautelare disposto da un giudice nei confronti di un dante (nullità di giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di annullamento del detto provvedimento di provvedimento sul quale era posta una opposizione e tempo l'interlocuzione su altro di un'azienda edilizia decisa per fatto dell'art. 16 della legge 30 maggio 1957, n. 745, Foro it., 1965, I, 1164 (nullità della disposizione del regolamento del personale della IRI che prevede il rimborsamento a ripeto delle somme ad un fondo di cui soltanto a quelle deposte per gli usi); Sez. VI, 2 luglio 1967, n. 403, Foro amm., 1967, I, 2, 180 (non è stato posto il problema della revoca inammissibile assoluta, e quindi nullità, del provvedimento con il quale una società di commercio, dopo aver capito l'attribuzione alla costruzione della repubblica in una attività a classe strategica, si era rivolta alla sua amministrazione, in altri, ordinando l'annullamento immediato dello strumento di un pagamento minimo, il che aveva, comunque, nella sostanza del sistema per l'industria e commercio); Sez. VI, 21 marzo 1967, n. 190, Foro amm., 1967, I, 2, 481 (nullità della assegnazione di un licenza

Si intravede alquanto materiale, insomma, perché una norma a punto di cessare appaia opportuna e necessaria. Dall'angolo visuale della linea di ragionamento che qui si cerca di proporre, può contare per ciò il contributo di una precedenza 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 produce 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 condotta 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 certo 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 evidenza l'ulteriore rilievo preannunciato, che appare

di impiego di un certo numero di norme, per mancanza dell'elemento essenziale costituito dalla indicazione delle sole parti cui possono essere applicate, delle quali è stata dichiarata l'irreversibilità del provvedimento di annullamento dell'atto stesso.

strettamente conseguente all'analisi che si è sopra condotta, sui caratteri della norma di esistenza del potere; essa 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'annullabilità, 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'ampio che a tale figura si vuole dare. Sulla base di questo secondo rilievo, allora solo implicito, si è delitto in precedenza il carattere di norma di esistenza, di quella norma sulla pertinenza soggettiva del potere, la cui violazione comporta la incompetenza e.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 schietti; 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 accertato con la medesima certezza 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 subordinati 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 ricerca 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 quelle 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 sospeso. Essa era stata introdotta sulla base del rilievo che la determinazione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario, che si era inizialmente scelta, 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 abilitrice 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 ravviabile. 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 comparazione alla quale si accennerà tra breve. D'altro canto, se si vuol tornare sul diverso piano delle norme e delle loro differenziazioni, quella giurisdizione del giudice ordinario, che per tabula 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: vero perché, in linea di principio, la giurisdizione del giudice ordinario deve essere limitata alla sola ipotesi di violazione di norme di relazione.

D'altro canto, rispetto alla fase del ragionamento nella quale si era prospettata per la prima volta l'alternativa in esame, il paradosso appare ora allargato: per le osservazioni espresse nel paragrafo precedente, la valutazione della portata delle norme di esistenza, e della loro violazione, potrebbe essere completata 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

le si vuole neppure respingere. Questo agnosticismo al riguardo non impedisce di tenere conto, sia pure in via puramente eventuale e ipotetica, del possibile nesso accertato, 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 esistente il nesso indicato, questa estensione in nessun modo potrebbe essere considerata come accidentale o derivata: poiché sarebbe tratto che atterrebbe all'esenza delle norme di esistenza, che la loro violazione comporti la nullità dell'atto, nei limiti nei quali la giurisdizione del giudice ordinario venne definita abbracciando la violazione di tutte le norme di questo tipo, essa verrebbe nelle stesse forme 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'ampiamente 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>(7)</sup>: non si vede, in

(7) Giustamente, anche perché, la dottrina è giurisdizione esclusiva a favore del giudice ordinario il giudice amministrativo 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 altro 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. Né la conclusione cambierebbe, se si volessero considerare tali atti come effetti da vici 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>(8)</sup>, anche se talvolta non mostra di percepire il problema<sup>(9)</sup>, magari per il contraddittorio uso di autorità

amministrativi nelle cit. *LEONARDI BASTOLA*, *Discipline* interne all'art. 13 della legge sul Consiglio di Stato, in *Riv. dir. pubbl.*, 1978, I, pag. 169 e ss.; *CAZZARO*, *Quanto siano sufficientemente di natura amministrativa le parti del giudice costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1972, I, pag. 169 e ss.; v. anche, *loc. cit.* citati, *supra*, *opere citate* di *debbia*.

(8) Cfr. per esempio, *Sez. V*, 23 settembre 1961, n. 478, *Fur. d.*, 1962, III, 26, con nota di richiami; *Cass. gran. sec. ord.*, 2 ottobre 1958, n. 305, *Fur. d.*, 1962, I, 2, 1615, e 15 giugno 1952, n. 445, *id.*, 1978, I, 2, 701 (*Sez. IV*, 26 luglio 1978, n. 308, *ibid.*, 790, si regredisce nella stessa linea in linea di principio escludendo parzialmente il ricorso amministrativo alla *Sez. V*); anche *Corte del Cont. St.*, 23 gennaio 1971, n. 40049, *Fur. d.*, 1972, I, 2, 169.

(9) Cfr. per esempio, le seguenti pronunce, con le quali il Consiglio di Stato ha detto il ricorso nel merito, non prendendo il problema del tipo di invalidità

pù sollecitamente alla tutela sostanziale dell'interesse individuale. Ciò che non significa che il giudice amministrativo non possa mai conoscere degli atti dei quali si discute: lo può fare in una ipotesi: quando essi siano diversi dagli atti amministrativi direttamente impugnati, e costituiscono oggetto di una questione pregiudiziale rilevante per la decisione sul merito del ricorso; di solito, quando 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 sostanza; se si vuole, quando gli atti amministrativi impugnati siano annullabili, a causa della nullità o inesistenza di questo necessario antecedente o presupposto (<sup>79</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 sostanza, 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

del l'atto, appare risolvibile nel caso della violazione di una norma di azione annullabile: *Sen. VI, 8 luglio 1964, n. 408, Foro amm., 1964, I, 2, 806* (caso della norma di sostanza che dispone l'atto del competente organo dell'ente in presenza dell'attività rilevante esercitata in una sottoposta a vincolo ideologico); *Cons. giust. amm. reg. civ., 29 novembre 1956, n. 141, Foro it., 1957, III, 124*, con atto di richiamo (caso dell'atto di controllo stesso, in ordine, da una commissione provinciale di controllo nei confronti del sindaco di una comune di sezione); *Sen. VI, 25 marzo 1972, n. 142, Foro it., 1972, III, 344*, con atto di richiamo (caso del provvedimento dell'Università di Napoli che, con provvedimento di pubblica amministrazione, ha dato nel rapporto tra studenti di insegnamenti universitari e docenti di diritto); *Sen. V, 20 aprile 1972, Foro amm., 1972, I, 2, 408* (caso del provvedimento sindacale autorizzatorio di una associazione senza lucro, nei confronti di una gioielleria che, in quanto tale, non è sottoposta all'obbligo della licenza stessa).

(<sup>79</sup>) *Civ.*, per esempio, *Sen. VI, 22 novembre 1956, n. 350, Foro it., 1957, III, 365*, con atto di richiamo; *Sen. VI, 14 luglio 1976, n. 349, 44, 1978, III, 345*, con atto di richiamo; *Sen. V, 22 luglio 1971, n. 795, Cons. di Stato, 1971, I, 1405*; e anche *Sen. V, 29 ottobre 1972, n. 811, Motivazioni complete delle giurisprudenze del Consiglio di Stato 1953-63, voce Autorizzazioni e concessioni, n. 137*.

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 ricercate.

Questo profilo sarà ripreso in seguito. Qui preferisco ribadire quanto sostenuto, illustrandolo con un esempio, tanto più necessario, in quanto esso costituirà il punto di riferimento, la 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 sottoposto 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 tema 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 sostanza, 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 sostanza 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>80</sup>).

(<sup>80</sup>) *Civ.*, per questo aspetto, e per le considerazioni che seguono altrettanto nel testo Carrara, *Observazioni sull'amministrabilità, ecc. cit.*, in *Foro it. giur.*, 1922, I, pag. 175 e s. la giurisprudenza, su le teste *cfr.*, in varie sent. *Cons.*, 8 luglio 1955, n. 1173, *Foro amm.*, 1955, I, 2, 409, e 2 luglio 1963, n. 1461, *Foro it.*, 1963, I, 348, con atto di richiamo; *Cons.*, 19 novembre 1956, n. 2788, *Foro it.*, 1957, I, 127, con atto di richiamo; *Sen. V, 24 febbraio 1957, n. 112, Foro it.*, 1957, III, 228, con atto di richiamo.

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>(1)</sup>. Converrà procedere per esempi, mantenendo quella unità 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 violato 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 ravviare, non dipenderebbe dalla violazione di un diritto soggettivo. Ciò nonostante, non vi è dubbio che la contestazione della legittimità, 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 gioco dei limiti della domanda di parte, o per qualsiasi altro motivo. La ragione di ciò è evidente: ha per 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

(1) Cfr. Trib. Napoli, 1 febbraio 1932, Foro S., Reg., 1932, voce Atti amministrativi, n. 15; App. Napoli, 23 aprile 1932, id., Reg., 1932, voce cit., n. 24, che hanno dichiarato l'inesistenza del provvedimento con i quali è pervenuto alle opere pubbliche obbligate dopo la demolizione di un edificio ai sensi dell'art. 7 del r.d. 9 dicembre 1928, n. 2385, in cui venivano della stessa natura.

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 violato 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 sulle circostanze indubie, e più volte affermate 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 conclusione 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 attingerà sempre come un diritto soggettivo pieno, la tutela del quale non si è estesa o che sia chiesta al giudice ordinario.

Qui, però, ci si deve arrestare: o, meglio, quando 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 complicazioni: 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 violato 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 fine 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 talmente 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, riguardano 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 con-

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>19</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 presentarsi dai 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 attingono 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 quella 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>19</sup>) Cf. BASTIANI, *Processo civile*, cit., pag. 21 e ss.; cf. anche GAVOZZI, *Processo civile*, cit., pag. 22.

di esistenza in parola, per la sua connessione che si deve dire accidentale con un diritto soggettivo, è sindacata dal giudice ordinario ordinario. Ciò, in primo luogo, perché tali casi non presentano con le norme di esistenza violate, un senso 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 genere 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 abilitativa 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 violazioni di norme che non lo proteggono direttamente, risulta l'incapacità di differenziazioni del genere, di dare un conto completo e dettagliato, di un insieme 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 espropriazione; l'impugnabilità delle esecuzioni su una manifestazione 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; le relazioni 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 poteri dell'Amministrazione e diritto soggettivo del privato sono situazioni giuridiche le quali possono avere solo punti esterni di contatto<sup>(7)</sup>; le norme di esistenza, più

(7) Il ragionamento che qui si propone, si è già in certo senso tentato, giacché, presso vari studiosi di contenzioso nei diversi questi avvenuti da F. Serra, *Giurisprudenza ordinaria, ecc.*, cit., sotto, ma specialmente pag. 144 e ss., 147 e ss., 150 e ss.; in particolare, si ricorda piacevolmente ad effetto che l'atto amministrativo diretto è l'atto amministrativo (negli, secondo il chiarimento qui proposto circa il rapporto tra le norme di relazione e le norme di esistenza del potere: è un atto amministrativo) non solo al di fuori dei limiti di esistenza del potere; questi operazioni deve ritenersi equivalente a quello impiegato da F. Serra, e di più diffuso con la dizione ed in questi problemi di atto amministrativo operato nei termini di potere (cf. *supra*, cit. *supra*, *quodammodo* [pagg. 154 e ss.]) inoltre, per quanto non si stenta di affermare la medesima cosa un atto amministrativo affatto non possa ledere la stessa norma, e più precisamente una norma collegata al detto soggetto controverso, pure con il rischio che debba essere protetto con i caratteri del genere, che le contraddizioni con le quali si chiude il paragrafo seguente, debbono all'incirca della natura della ed imperiosità dell'atto amministrativo.

Rispetto agli stessi problemi, si è viceversa discusso se due altri due studiosi, che non di importanza fondamentale: pure appaiono, perché, che con una via possibile una situazione il potere di tali elementi rispetto la definizione della natura stessa di atto amministrativo, che viene chiamato a operare verso prospettive nella collocazione 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>(7)</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>(8)</sup>; l'esempio più ovvio che si può addur-

<sup>(7)</sup> Qualche la stessa scelta di F. Serra, è di ordine delimitazione esclusiva, 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 natura istituzionalistica (cfr. sopra, pag. 124 e ss., e per il riferimento a tale concetto, cfr. la nota 3 a pag. 180); al riguardo, si deve osservare che proprio la delimitazione esclusiva della nozione di bene, per competenza stessa difficile nella delimitazione di limiti del potere che F. Serra si trova costretto ad affrontare; quella nozione difficile che, secondo tale autore, la giurisprudenza avrebbe accettato sulla base della distinzione tra potere in senso concreto e potere in senso astratto, nel senso, cioè, quanto accennato sopra, ad concetto di norma di sostanza del potere (cfr. soprattutto, il paragrafo 15, a pag. 124 e ss.).

Il secondo punto di discussio riguarda la validità della norma della col. interpretativa dell'atto amministrativo, che F. Serra confonde, ma che, almeno dall'angolo visuale del presente lavoro, sembra risultare un elemento essenziale al fine della costituzione dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario (cfr. paragrafo che segue).

<sup>(8)</sup> Nella stessa senso, cfr. D'ARCO, *L'essenza di potere*, cit., cit., pagg. 85, 86, poiché la sua prospettiva concettuale non coincide con quella proposta nel testo.

<sup>(9)</sup> In questo paragrafo si propone una linea di ragionamento che è fondata in relazione ai diritti reali, e in particolare al diritto di proprietà; ma una pari valore costituzionalmente anche in ipotesi nelle quali abbia diversa natura e contenuto il diritto che viene in gioco.

Tra i testi giuridici, cfr. Cass., 10 marzo 1971, n. 476; Foro it., 1971, I, 2303, che ha respinto come un diritto soggettivo la potestà del titolare a conferire del servizio lavorativo mediante appalto del biglietto, anche in riferimento; ma in riferimento che tale diritto deriva ad origine legittima, ed esclude pertanto l'attribuzione al giudice amministrativo, nei confronti del potere dell'Amministrazione di negare il diritto del biglietto di abbinamento in presenza di suoi passeggeri; nella specie, a talora che esisteva abbinamento nei treni il servizio di vendita, costante,

re al riguardo, è quello del potere di espropriazione, e non a caso, in precedenza, si è fatto prevalente ricorso ad esso, quando è sembrata opportuna illustrare con qualche esemplificazione il ragionamento che si veniva svolgendo<sup>(9)</sup>. In tale ipotesi, infatti, sembrerebbe che potere dell'Amministrazione e diritto del privato coesistono 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 sostanza del potere, e quindi del diritto, i quali non solo a prima vista sembrano complicarlo, ma, ulteriormente analizzati, al contrario ne permettono la soluzione.

Ocorre 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 precisione 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

ordinario e qualità. Cass., 11 ottobre 1962, n. 2111; Foro it., 1966, I, 1247, in relazione al potere dell'amministrazione edilizia di disporre la espropriazione di terreni di interesse agli alla difesa militare; nei confronti di tale potere discrezionale non è configurabile un diritto soggettivo. Cfr. anche Cass., 14 ottobre 1971, n. 2615; Foro it., 1971, I, 2304, nella posizione del giudice al diritto sostanziale all'uso di un oggetto, nei confronti del potere del Presidente della Repubblica di rinunciarvi anche al fine l'uso dello stesso bene.

<sup>(9)</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 espropriazione, e ai vari loro vari ipotizzabili, ha sempre costituito una degli aspetti più dibattuti e più complicati della materia che si analizza; cfr. già De Mirore-Guzzetta, *La giurisdizione amministrativa*, cit., cit., pagg. 81 e ss., e lo stesso dettando e i precedenti giurisprudenziali (cfr. cit.).

della stessa giurisdizione del privato e quella dell'Amministrazione, prima e più della stessa decisa di esproprio, sembra essere costituito, sotto un certo profilo, dalla dichiarazione di pubblica utilità<sup>(77)</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 estensione del potere di esproprio: se tale è la situazione, quanto 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: 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>(78)</sup>, che appare quindi perfettamente giustificata anche secondo l'impo-

(77) Per cui v. di altro, CORONA, *Il privato e il procedimento amministrativo*, cit. Arch. giur., 1978, pag. 40 e ss., con alcuni ulteriori bibliografici, alle quali si deve o, necessariamente, VIGNANI, *La dichiarazione di pubblica utilità*, Milano 1974.

(78) A più volte consolidato il suo orientamento giurisprudenziale ha reso, e che si è concretato in numerose pronunce, e, con alcune di recente, Cass. 28 aprile 1983, n. 3178, Foro amm., 1978, I, I, 77, con ulteriori bibliografiche alle quali si rinvia. Cfr. anche, più recentemente, Cass. 12 maggio 1971, n. 2154, Foro it., 1971, I, 2382, con note di rinvio.

Questo orientamento è anche il presupposto dell'affermazione della Commissione, secondo la quale il giudice ordinario compie la propria giurisdizione sul diritto di esproprio, dopo la caduca del tentativo previsto nella dichiarazione di pubblica utilità: c. infra, in nota 187.

Tra i numerosi scritti dottrinali, appare molto vicino alla sentenza considerata in questa pagina, da pure con diverse prospettive, BASTIENI, *Meccanismi della dichiarazione di pubblica utilità e potere di espropriazione*, in *Dir. riv.*, 1981, I, 681 e ss.

stazione qui proposta<sup>(79)</sup>. Tutte 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 espulsione.

La dichiarazione di pubblica utilità, da un certo punto di vista, sembra non apporcare 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: altrettanto, 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 sottrae il bene al potere di esproprio dell'Amministrazione, pare mutare radicalmente la situazione<sup>(80)</sup>. Sarebbe improprio dire che con essa viene ad estinguersi il potere di esproprio, in ordine al bene: il potere, lo si è

(79) Appare evidente che l'orientamento giurisprudenziale ricordato alla nota che precede è una applicazione del più generale schema di dissociazione tra la giurisdizione ordinaria e amministrativa rispetto della giurisdizione, basata sulla distinzione tra istituzioni, e legittimità il esercizio del potere e il riconoscimento della fondatezza di quell'intervento; qui, invece, detto direttamente del riconoscimento della fondatezza di quel più generale schema: c. supra, il capitolo I, e in particolare il paragrafo 9.

(80) Sotto altro profilo, cfr. la giurisprudenza che afferma che l'evento costitutivo che dà luogo al potere amministrativo espropriativo e proporzionale in ordine al trasferimento della proprietà del bene, ha carattere di negozio di diritto privato se manca la dichiarazione di pubblica utilità (v. Cass. 21 febbraio 1965, n. 383, Foro it., 1965, I, 2285), e viceversa di negozio di diritto pubblico, inserito nella procedura di espropriazione, se dichiarata di pubblica utilità di via (v. Cass. 18 giugno 1960, n. 1794, Foro it., 1962, I, 1754, con note di BASTIENI, che può introdurre l'abolizione rispetto del rispetto del piano di vocazione dell'opera).

già viste 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, presiede 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 però l'arresto su un senso che si vorrebbe a instaurare tra il bene e l'esercitabilità del potere, piuttosto che tra il bene e i limiti di sussistenza di questo. Forse, la formula che risulterebbe 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'espropriare; in tal modo, però, non si sfugge alla conseguenza assai importante, che, sotto questo profilo, il bene viene spostato entro i limiti di sussistenza di tale potere, e quindi entro i limiti della sfera giuridica dell'Amministrazione<sup>(97)</sup>.

(97) Ciò che non impedisce, stesso in tema di principi, che il bene del tempo e il venir meno di un presupposto originario, a supporre il verificarsi di qualche diversa conseguenza peraltro l'effetto concreto, arretrato e base alla sfera della pubblica Amministrazione, e ripartibile giuridicamente in quella del privato.

Un altro esempio di questa funzione è l'effetto che emerge al danno del bene stesso fatto di regola nella dichiarazione di pubblica utilità, come il quale bene viene esercitato il diritto di espropriare: almeno secondo l'interpretazione della Cassazione, che in nessuno momento afferma il superamento del diritto di proprietà fino ai limiti originari, con la conseguenza che ricorre nella giurisdizione del giudice ordinario il sindacato del diritto di espropriare esteso oltre quel termine; in le altre, cfr. Cass. 28 febbraio 1911, n. 418, Foro it., 1912, I, 1249; 19 maggio 1914, n. 1223, id., 1914, I, 1406; 21 dicembre 1917, n. 2325, id., 1918, I, 476; 29 aprile 1919, n. 1274, id., 1919, I, 1223, tutte con note di commento. È ben noto che il Consiglio di Stato si oppone a questa interpretazione, con numerose decisioni dell'Adunanza pluriennale, che, rispetto alle azioni di legge, si riferisce in tal caso al prevalere della giurisdizione del giudice amministrativo: in le altre, cfr. Ad. pluri., 30 maggio 1912, n. 1, Foro it., 1912, III, 261; 4 dicembre 1914, n. 20, id., 1915, III, 261; 29 dicembre 1915, n. 48, id., 1916, III, 474; 6 giugno 1916, n. 15, id., 1917, III, 349; peraltro tutte con note di commento. Sono da ricordare le considerazioni di BENVENUTI, *Min. e redd. est. cit.*, pag. 58, nel senso della giurisdizione ordinaria che ha oggi la regola della sussistenza della professione dei venuti per l'atto e per il compimento dello stesso.

Yverto, la Cassazione, a proposito del già citato potere dell'Amministrazione pubblica, si dispone a ripetizione del bene in materia: in altre, in altre

La condizione giuridica del bene in parola pare già necessariamente 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 espropriare 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 soddisfattamente 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 compiere l'ambivalenza della quale si discorre, e, in genere, si deve tentare di approfondire l'indagine: l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario, la 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

modo che il bene sia per la espropriazione stessa non riguarda l'effetto di quel potere: cfr. il citato 1914, n. 2325, Foro it., 1916, I, 1247.

Sul fatto temporale di sussistenza del potere, cfr. BENVENUTI, *Per una delimitazione del rito di incompetenza, est. cit.*, in *Ann. dir. pubbl.*, 1940, I, pagg. 24 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 asserzione 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 incide 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 tecnica alla luce 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 non è 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 approssimabile 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 gioco. Le proposizioni sopra accennate, infatti, in tanto possono essere considerate accettabili, in quanto si pervenga ad ammettere che siano in vario modo configurabili i rapporti che intercorrono tra poteri di esproprio dell'Amministrazione, diritto di proprietà del privato e bene che è contemporaneamente oggetto dell'uso e dell'altre. 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 contraria 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, può ora esattamente formularsi, 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 assai chiarezza, 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 giurisdizione 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>(10)</sup>.

(10) Cfr. MALL, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 61, e di ultimo la *Introduzione al corso*, in *Atti del convegno nazionale sull'assaiabilità del concetto del danno patrimoniale derivante da lesioni di interessi legittimi*, cit., pag. 24; della stessa natura, è molto importante anche *Quacchiarella e Sacco*, cit., cit. in *Foto*, cit., 1948, IV, specialmente 24 e ss.

Nella dottrina prevalente, v. la felice iniziativa di VERONESI, *Le azioni giuridiche*, cit., cit., pagg. 422 e ss. in *op. cit.*, pagg. 426 e ss., in genere, nel *Diritto affettivo*, TORTO, *Interesse materiale*, cit., cit., pagg. 25 e ss., e l'esempio a pag. 44.

Cfr. anche ANTONI, *Figura giuridica e contenuto del diritto affettivo affe-*

Questa possibilità è stata formulata in relazione a teorie che non appaiono perfettamente in chiave con la linea di ragionamento che qui si segue; ma l'essenziale di tale dottrina può essere recuperata, 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>(11)</sup>.

solo, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1948, vol. II, pagg. 194 e ss., specialmente pag. 204; *Alzani*, *Interesse materiale e interesse processuale*, cit., cit., in *Atti*, cit., 1942, specialmente pagg. 136 e ss.; *Giurini*, *Interesse processuale*, cit., pag. 35.

La linea di ragionamento che si viene proponendo trova i suoi nodi ed affollamenti nel diritto, e dal s.d. *Diritto affettivo*, questo si passa, si può meglio nel paragrafo che segue questo il secondo, oltre a quali due si accennano tra poche pagine, le conclusioni tratte nel testo insieme che valgono di per sé, senza l'appoggio di più particolari studi, come prova di posizione nei confronti di una certa letteratura e di una qualche teoria di opinioni, per le quali è, oltre gli accenti e le opere accennate, *Giurini*, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., *Rev. dir. pubbl.*, 1948, I, pagg. 291 e ss.; *Giurini*, *La nozione degli atti pubblici*, in *Atti*, cit., *pubbl.*, I, 1948, pag. 252 e ss., e 285 e ss.; *Carnota*, *Interesse*, soprattutto *La nozione giuridica*, cit., punto, e la voce *Affettività*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano 1952, pag. 470; Di *Carnota*, *Scritti affettivi e interessi legittimi*, con *Scritti di diritto pubblico*, Milano 1955, vol. I, pagg. 51 e ss.; *Giurini*, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., cit., in *Atti*, cit., *pubbl.*, 1948, specialmente pag. 424 e pagg. 440 e ss.; *Pozzocchetti*, *Del amministrativo e dell'affettivo e del diritto soggettivo*, in *Atti*, 1942, pagg. 120 e ss.; *Giurini*, *Le situazioni giuridiche*, cit., cit., pagg. 267 e ss.; *Giurini*, *Il corso di diritto*, cit., cit., pagg. 73 e ss.; *Giurini*, *Affettività e diritto affettivo*, in *Rev. dir. pubbl.*, 1942, II, 497 e ss.; *Fu* il *problema di Romagnolo*, cit., *Carnota*, *Interesse*, *Interesse alle parti del diritto affettivo nel processo*, in *O. Sc. affettive*, in *Atti*, cit., *pubbl.*, 1948, pagg. 267 e ss., con qualche critica alle quali si viene.

(11) Si ricorda ancora che se il ragionamento è così sviluppato nel testo in relazione al diritto di proprietà, non è né risultare accettabile di generalizzarlo in ordine ai vari interessi individuali che sotto solo per qualche ipotesi l'affettività

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 forfeiture 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 *hors 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, le loro estensioni, la loro situazione, possono essere definite solo in diretta funzione delle situazioni che sono ad esse contrapposte, e quanto meno correlate, il

nonché come diritti soggettivi: cfr. l'osservazione sul capitolo I, paragrafo 3, sopra citato, pagg. 194 e ss.; e ancora, sopra, nota 95.

Di più: il medesimo ragionamento potrebbe valere anche per i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce. Il punto è del tutto irrilevante in questo apprezzamento, che si preferisce svolgere in altra sede; ci limitiamo qui a citare le considerazioni di COSTANTINO BARTOLA, *Le libertà personali dei diritti e interessi*, in *Foto cron.*, 1968, II, 119, con le conclusioni del paragrafo di AMARO e di BIANCHI.

che significa la 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 ed è quali limiti la pertinenza di un bene ad un soggetto è garantita dall'ordinamento in modo assoluto, e cioè come contenuta 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).

Questo, le ragioni per le quali, pur ammettendo che, allo 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 gioco, alternativa che è volta a volta esclusivo della diversa configurazione del rapporto. Questa impostazione presenta alcune importanti implicazioni; anzitutto, si può osservare che da essa deriva questa rilevante conseguenza: l'esistenza di un atto amministrativo o di una posizione del privato che, esattamente, e comunque sotto un certo profilo considerata, ha carattere di diritto soggettivo, non può essere né *et simpliciter* qualificata in dipendenza di tale carattere, e cioè come lesiva, e 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. DELVIGNE, *L'essence de pouvoir*, cit., pagg. 14 e ss. e 62 e ss.

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

gettivo, violerebbe quel diritto stesso<sup>(96)</sup>, senza peraltro sottrarre al giudice ordinario la ragione sui suoi effetti<sup>(97)</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 esercitato dal potere di esproprio<sup>(98)</sup>; qui il discorso interviene con quanto osservato nel paragrafo che precede, nel con-

(96) Cfr. la tesi sostenuta da CARONIA BARRERA, *La teoria giudiziaria*, cit. pag. 127 e ss.; che anche, nel la ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale sui legittimi successivamente all'emanazione della legge dichiarativa del provvedimento amministrativo (specialmente pag. 91 e ss.) e la sua critica, dal punto di vista della tesi medesima (pag. 129 e ss.); al riguardo, v. sopra, la nota 103 a pag. 101.

Cfr. anche CARONIA BARRERA, *In tema di competenza giudiziaria e di suoi fini* (in *Atti del Convegno di Studi Giuridici*, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, 574 e ss.); BARRERA *in* *LA*, *La giurisdizione ordinaria*, cit. pag. 124 e ss. In senso contrario alla tesi di CARONIA BARRERA, v. DIAMANTO, *op. cit.*, pagg. 27 e ss., dove, d'altronde, i meriti della teoria della c.d. dipendenza del diritto soggettivo, di cui si parla nel paragrafo che segue.

(97) Tutto il ragionamento che si svolge in queste pagine, è così chiaro e quanto nessuno del Corriere, *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit. paragrafo, in particolare pag. 431 e ss., 437 e ss.: la relatività della situazione giuridica soggettiva può prospettarsi all'incirca in tal modo, anche se ad essa non è stato dato peraltro, una qualche svolta.

(98) Cfr. anche il più recente di CARONIA BARRERA, *In tema di*, cit., specialmente pag. 31.

(99) Cfr. il saggio di DIAMANTO, *op. cit.*, pag. 31, che anch'egli non nega che il diritto sottoposto ad affollamento di utage può essere come un diritto soggettivo non solo nel confronti del medesimo, ma anche nei confronti dell'Amministrazione in quanto un titolare del potere lo cui esercizio è causa dell'affollamento 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, possono sostenersi a vicenda.

Si può adesso ricostruire, dal punto di vista del privato, l'effetto sostanziale della 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>(99)</sup>.

(99) Per questi motivi, non pare fondata l'affermazione del Consiglio di Stato (Sec. IV, 27 ottobre 1963, n. 146, *Foro G.*, Sup., 1963, non 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 consistono nei confronti di una medesima cosa, 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, e quanto meno su di una situazione giuridica del privato, che nei confronti di quel potere medesimo si attinge come un diritto soggettivo in senso proprio.

Ci si deve dare conto, peraltro, di una obiezione che potrebbe essere rivolta alla costruzione sopra proposta: non si può ignorare che potrebbe essere avanzata, 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 manifesta come tale. La costruzione stessa cambierebbe solo, rispetto alla comune opinione, l'individuazione di tale atto, e il provvedimento di esproprio costituirebbe la dichiarazione di pubblica utilità: questa, appunto, cambierebbe il di-

«Una sentenza, n. 873, secondo la quale risolve nella giurisdizione del giudice amministrativo, e non in quella del giudice ordinario, il dubbio su di un terreno di espropria che abbia costituito rispetto all'area che in un piano particolareggiato era stata indicata come espropriabile; cfr. infatti, Cass., 12 dicembre 1967, n. 2923, Foro n. 1968, I, 478, con nota di C.M.R.

«Più deluso è il caso nel quale la dichiarazione di pubblica utilità per una terra sottoposta di quest'pubblica era contenuta già nella legge: cfr. Cass., 7 febbraio 1969, n. 362, Foro n. 1969, I, 877, n. 36; la nota di F. Ferrero.

rito 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 essa costituire esercizio, inciderebbe su di un bene che al tempo stesso è oggetto del diritto e contenuto della stessa giuridica di questo soggetto; il problema in questo 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 oggettive 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, pure del tutto identica a quella che si è sopra individuata, nel rapporto tra potere di esproprio e diritto di proprietà, così come esso è interessato dalla dichiarazione di pubblica utilità: ciò permette di ritenere possibile di richiamare quei quei motivi sopra accennati, per i quali in tale rapporto è parso di poter concludere 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 attinge come tale; per quei medesimi motivi pare ora di poter concludere 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 conseguente 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 atteggiava come pieno e assoluto anche nei confronti del potere di esproprio, non si atteggiava 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 trasferito in un possibile oggetto del potere di esproprio; il proprietario, nei confronti del potere di dichiarazione di pubblica utilità, suscipa 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'abolizione 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 gioco del trasferimento della consistenza del potere dell'Amministrazione e del diritto del privato su di un medesimo bene, dello sp-

stamento della interdizione 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, passiva oscura, più che superata, d'una 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>(12)</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>(13)</sup>.

(12) Questo discorso, ovviamente, si deve fare nell'ipotesi nella quale sia la legge a prevedere la pubblica utilità di intero oggetto di opere: qui è questa legge che dispone la coesistenza oggettiva del potere di esproprio e del diritto di proprietà, creando nel dipendere da questa base oggettiva anche la base di ragionamento che si trova di esproprio: è questa legge medesima, allora, che, come abbiamo visto, nella fase dell'art. 81, secondo comma della Costituzione, costituisce e delinea il contenuto del diritto giuridicamente esistente dell'art. 812 del codice civile.

(13) Come all'epoca alla quale si è accennato nella nota che precede, non dimentichiamo i nodi nei quali l'ordinamento prevede la coesistenza oggettiva del diritto di proprietà, di poteri impostivi dell'Amministrazione. Oltre agli esempi che più immediatamente vengono alla mente, a cominciare dalla materia delle espropriazioni, c. 1. del IV, 7 luglio 1962, n. 333, Foro it., 1962, III, 35, che ha deciso nel merito il stesso problema circa il provvedimento di imposizione del vincolo urbanistico e urbanistico di un immobile costruito da uno di espropriatari, affermando nel linguaggio che questa legge impone al privato e non all'attività 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 coesistono in ordine ad un medesimo bene; ma anche su un piano più ampio di quello considerato dalle pagine che procedono, 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: quella 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>(17)</sup>. Secondo la costruzione del MILLE che si accoglie, non esiste che secondo la impostazione generale che si

situazione (Fuggiti soltanto e alibi da A. BIANCHI, *Interventi in tema di decadenza di giurisdizione*, cit., cit., in *Fov. amm.*, 1938, I, 2, 348).

YANON, *Com.*, 11 ottobre 1961, n. 2748, in *Fov. n.*, 1962, I, 2074 in seguito l'intento del potere di impedisso di una società di elettrodomestici sulle cose mobili (art. 121, let. b del r.d. 11 dicembre 1953, n. 1770; ma la sentenza può essere già decisa, a poco tale semplificativa, perché è nel quadro di un ragionevole analogo a quello proposto nel testo, che è stata raggiunta la soluzione, che di per sé stesso è giuridicamente, cit., cit., i paragrafi 10 e 11).

Ma il vero di coesistenza di potere dell'Amministrazione e diritto del privato che in questi casi ha riferimento deve maggiormente l'attenzione è quella che si ha a proposito delle cose: almeno secondo la concezione adottata dalla Corte Costituzionale (sentenza 9 marzo 1967, n. 26, in *Giur. int.*, 1967, 219, con nota di BIANCHI). Nella stessa giurisprudenza della costruzione delle cose alla disponibilità del privato, ma v. anche, nella stessa sentenza, loc. cit., 4 giugno 1967, n. 304, in *Fov. amm.*, 1967, I, 2, 697; in letteratura, cfr. CORONA, *Contributo allo studio delle c.d. espropiazioni materiali*, in *Riv. dir. pubbl.*, pagg. 437 e ss.; ANTONI, *Le costituzionalità dell'art. 41 della legge mineraria*, in *Tratt. in memoria di Ruggie*, vol. II, Padova 1972, pagg. 801 e ss., specialmente pagg. 815, e, più recentemente, sotto il profilo della costituzionalità della materia di indennità, BIANCHI, *Nota sulla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. espropiazioni materiali*, in *Fov. amm.*, 1970, III, specialmente pagg. 319 e ss.; LORIO, *Indennizabilità dei circoli di interesse pubblico delle proprietà private*, *ibid.*, specialmente pagg. 402 e ss.

Del problema ulteriore, fatto parte, per la sua semplicità, da molte discussioni ad altre sedi qui citate.

(17) Cfr. alla letteratura citata nella precedente nota 141, cfr. GAZZONI-FRANZ, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 173 e ss.

venga 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 atteggiino allo stesso modo nel rapporto con un medesimo potere, ma che per il resto hanno, e 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 minuire il valore che figure degenerative come il diritto affievolito, e simili, possono presentare sotto diversi profili: anzitutto, la loro definizione può avere una grande importanza, sul piano delle classificazioni concettuali; d'altro canto, la loro individuazione sembra poter essere tutt'altro che priva di riferimenti concreti sul terreno del diritto sostanziale, se è stato affermato che l'eliminazione da parte dell'Amministrazione di un diritto affievolito del privato, e differenza di quella di un mero interesse legittimo, comporterebbe comunque un obbligo di indennizzo<sup>(18)</sup>.

(18) In senso contrario, cfr. MILLE, *Qualità vecchia e nuova*, cit., cit., vol. II, n. 1; e, anche, *ibid.*, le indicazioni della dottrina favorevole all'indennizzo, tra le quali un riferimento alla opinione di LUIGI BIANCHI; cfr. anche ANTONI, *Figure giuridiche e strutture del diritto amministrativo affievolito*, cit., pagg. 117.

La questione, naturalmente, va allora impostata in altri termini, in relazione ai motivi sostanziali e forme della storicità degli enti stessi legittimi: cfr. gli atti del convegno nazionale sulla conciliazione del risarcimento del danno punitivo.

Le conclusioni alle quali è parso di poter giungere nel presente paragrafo, sembrano troppo sommarie 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 possono disporre 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-

tesista dell'ordine di legge di natura legislativa, ed, perciò, in quanto tale Stato, l'attribuzione al bene, v. infatti, 10, e pag. 21 la relazione alla prefazione dell'opera di legge al diritto soggettivo, sotto il profilo che qui viene.

Il problema ha semplice soluzione, come a più ampia prospettiva, lo spiega alla mente pura il pensiero del Stato (La giustizia amministrativa, cit., pagg. 4, 5), e invece di una interpretazione dell'art. 4 della legge abilitiva del ministero amministrativo, nel senso di essere amministrabile il contenuto di ogni diritto di diritto soggettivo, anche l'ordine di un atto amministrativo legislativo.

ne in essere un atto col quale solo con espressione generica si può dire che disponga di quel diritto (16); 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 (17); tale atto, si dovrebbe aggiungere proprio per questa ragione, 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 (18).

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 risultare 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 giuridi-

(16) Cf. Deledda, L'ordine di legge, cit., cit., pagg. 21, 22.

(17) È noto che diverse norme del Giustiziano, il quale, per esempio, la c.d. relatività delle situazioni giuridiche soggettive, del diritto soggettivo e dell'istituto (v. La giustizia amministrativa, cit., pag. 20), ritiene la compatibilità dell'ordine dell'atto amministrativo legislativo, esplicitamente, del diritto di proprietà privata per incompatibilità (relativa) (ibid., pag. 20).

(18) Cf. le considerazioni di Deledda, Giustizia generale, cit., pagg. 21, 22, secondo una linea di ragionamento per certi aspetti assai simile a quanto sostenuto nel testo, anche se da una tale lettura non nascono le conseguenze alle quali è pare di poter pervenire: v. infatti, l'opinione della tesi della c.d. imperatività dell'atto amministrativo, e le considerazioni espresse su questa, che saranno esposte nel paragrafo seguente.

nione deve essere definito in relazione alla funzione di garanzia del rispetto di quella linea di confine medesimo.

17. Segue: la teoria della *c.d. inoperatività dell'atto amministrativo*; critica: l'insufficienza del concetto stesso 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 incoerenza e 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 esercizio del potere attribuito all'Amministrazione. — Queste, le conclusioni che penso 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 possono renderlo attendibile, pare 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 contestate 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-

attività dell'atto amministrativo, di degradazione e di affievolimento del diritto soggettivo, e così via<sup>(167)</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 pareri, ma anche le stesse ragioni del dissenso di questo, dalla diversa tesi che si è indicata, possono 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 esse ha assunto nella letteratura più recente<sup>(167)</sup>, ciò pare insufficiente:

(167) Per questo orientamento, cfr., anzitutto, GIANNI, in numerosi scritti già citati, e soprattutto la sua *dottrina amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, e il *Potere generale nella giustizia amministrativa*, postumo; PAPA, *La nuova legittimità e giustizia amministrativa*, cit., postumo, con specificazione vol. II, pagg. 333 e ss., 37 e ss., 178 e ss.; GIANNI-PAPA, *Giurisdizione amministrativa*, cit., postumo in *Enciclopedia del diritto*.

Cfr. anche MARRASCO, *Potere civile e pubblico Amministrativo*, cit., postumo, su cui v. le recensioni di CARMINE BERTINI, in *Rev. trim. dir. pubbl.*, 1962, pagg. 334 e ss., nonché i citati scritti di GIANNI, *Potere generale*, cit., pagg. 28 e ss., 38 e ss., nei limiti nei quali le tesi sostenute divergono dalla teoria della *c.d. inoperatività*, nella *dottrina* che di essa ha dato quest'ultima sintesi.

(168) Per gli altri, precedentemente citati, che l'orientamento in parola ha avuto nella letteratura di questi ultimi anni, cfr. BERTINI, negli scritti già citati; IRE FABRI, in *Problemi di tema di massima di giurisprudenza*, cit., cit., in *Foto voc.*, 1964,

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

La ricostruzione alternativa che deve essere perciò esaminata può 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>(15)</sup>.

L'imperatività costituirebbe un carattere dell'atto amministrativo, per il quale esso acquista «...efficacia, anche se icta omni invalida...»<sup>(16)</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>(17)</sup>; questo effetto è definito nel senso «...che l'emissione del provvedimento amministrativo è fatta giuridicamente estintivo di diritti, ed

12, pagg. 261 e ss., e in *Il giudice davanti al Consiglio di Stato*, cit., cit., pag. 101; *Giustizia Italiana*, specializzato negli scritti già citati (in particolare, in *La tutela giurisdizionale*, cit., cit., par. 1), ma specialmente pagg. 72 e ss.; *L'impugnabilità del provvedimento amministrativo*, in *Riv. crit. dir. pubbl.*, 1963, pagg. 22 e ss.; *Spunti teorici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Fato amm.*, 1963, II, pagg. 73, 74; e di ultima, nella sua *Autonomia*, cit., specialmente pagg. 34 e ss.; *Ottimismo*, in una serie di brevi ma molto importanti *Pareri dell'Amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Giuseppe Dapodi*, Milano 1965, vol. II, pagg. 481 e ss.; *Giustizia, Diritto soggettivo e Interesse legittimo*, cit., cit., in *Riv. crit. dir. pubbl.*, 1962, pagg. 103 e ss.; *Esclusione del *Giusto*, in *Giurisdizione ordinaria*, cit., cit., par. 1, ma specialmente pag. 71, pagg. 121 e ss., e 126 e ss.; *Diritto, L'essenza di potere*, cit., cit., par. 1; *F. Serra, Giurisdizione ordinaria*, cit., cit., in *Riv. crit. dir. pubbl.*, 1965, specialmente pagg. 172 e ss.; *Scata, Il servizio giurisdizionale nell'implemento delle obbligazioni della pubblica Amministrazione*, Milano 1965, specialmente pagg. 119 e ss., e 122 e ss.; *Amoroso, L'atto del processo*, cit., cit., specialmente pagg. 111 e ss., e 141 e ss., *La tutela giurisdizionale del diritto e della giurisdizione*, Torino 55, ma 1971, par. 1.*

(15) *Giustizia, Diritto generale*, cit., pag. 17.

(16) *Giustizia, voce Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, pagg. 187, 190; cfr. anche *Fazio, Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., vol. II, pag. 286 e ss.

(17) Che la degradazione costituisce solo uno degli aspetti della lesione dell'atto amministrativo, è affermato con particolare evidenza dal *Fazio, Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., vol. II, pag. 286.

eventualmente costitutivo di interesse protetto»<sup>(18)</sup>. Ebbene, anche l'imperatività, dalla quale quel provvedimento sarebbe assistito, che costituirebbe il fondamento di un simile effetto.

Fermiamoci un momento sulla prima parte delle ipotesi proposte: quella nella quale l'atto amministrativo sia valido. Che un simile atto, s'intende a causa del suo contenuto che è dispositivo del diritto controposto, 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 causa, secondo quello qui proposto, e del resto, è ovvio, secondo ogni altro proponibile. Eppure, malgrado questa concordanza 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'emissione 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 controposto: perché nel tentativo operato nel paragrafo precedente, di una più precisa definizione del reale evento della relazione che si viene a instaurare tra queste due situazioni, era appunto scaturita una conclusione opposta: perché allora era risultata che non è il provvedimento che è causa dell'affievolimento del diritto ad interesse: questo affievolimento prescinde all'esercizio del potere dell'Amministrazione; deriva dalla stessa attribuzione a questa di quel potere, dalla stessa definizione legislativa

(18) *Giustizia, voce Atto amministrativo*, cit., pagg. 187, 188.

di esso<sup>(19)</sup>; conseguentemente, non è il provvedimento, e quindi tanto meno qualche sua 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 porci 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 atteggia come un diritto soggettivo, pare potersi dubitare della necessità o 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.

Seppur, 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 dal rilievo 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 sostanziosi 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:

(19) *Civ. Decreti*, L'essenza di potere, cit., cit., pagg. 78 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 pare 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>(20)</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 giurisdizionali, agli atti amministrativi e non che se 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 complessazione<sup>(21)</sup>; perché, e 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 sostanziale. Ciò, s'intende, per quel che concerne i problemi sostanziali qui considerati, e quello processuale conseguente della demarcazione del giudice giurisdizionalmente competente: rimane completamente al di fuori del discorso, e quindi

(20) Nella dottrina su produzione di effetti e attribuzione di efficacia di un atto giuridico, in relazione ai problemi ricostruttivi dell'ordinamento privato, non si è in pieno di teoria generale del diritto, cfr. SACCOLOTTI, *Elementi di diritto privato*, cit., pag. 111.

(21) Cfr., comunque, la *Teoria di Giustiniani*, *Diritto generale*, cit., cit., pag. 15. Elementi oggettivi ed senso della inscalfibilità del concetto sono allora per la spiegazione dei problemi sostanziali e processuali di cui nel testo.

in questa sede del tutto impregiudicata, la questione del rilievo che debba essere data al concetto in esame, secondo la più attenta 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'uscita da qui considerata, giacchè 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 presentano alcuni profili che si vorrebbe dire di accentuata autoritarività; profili che si riflettono, tra l'altro, sul regime della r.d. esecutorietà del provvedimento amministrativo: con essi, 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, costituzionali, 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 nei 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 rila-

zione sotto l'impero del principio di legittimità<sup>(12)</sup>, è avvenuta nel 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 espressione della capacità giuridica di diritto comune<sup>(13)</sup>: si tratta di una vicenda generalmente nota<sup>(14)</sup>, alla quale si è già accennato all'inizio della seconda parte del presente lavoro<sup>(15)</sup>. Ma i casi sopra evolti erano stati inquadrati in una precisa prospettiva: quella dell'affermazione della riconducibilità dei poteri dell'Amministrazione, come una specie 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-

(12) Nel senso che in tal senso il principio di legittimità, in relazione al provvedimento amministrativo e ai problemi della tutela giurisdizionale nei confronti di questo, v. de Siano *Tratt. Element. della teoria e della pratica amministrativa*, in *Dir. Amm. de. pubbl.*, 1973, specialmento pag. 1074 e ss., con rifer. soprattutto, a un'accezione individuale.

(13) Per l'affermazione di una collezione storica dell'incidenza degli atti amministrativi, tra gli altri, cfr. *Amintorelli, Riforma, etc.*, cit., pag. 1071, che riferisce che nel sistema della legge abilitiva del ministero amministrativo, nel senso che era stata originariamente delineata, l'atto amministrativo, anche il più semplice, non avrebbe segnato il diritto soggettivo del privato; secondo la linea di ragionamento che qui si propone, la corrispondenza esistente dall'atto alla quale il giudice solo potrà e giurisdizionalmente competere dovrebbe essere in diritto fondamentale: la propria trasformazione in una norma di senso, il senso che era solo come talora sono stati di sistema dei poteri dell'amministrazione: che in tal caso in senso sostanziale, nei due paragrafi che seguono.

(14) Inpartita per quanto si riguarda, in numerosi suoi scritti già qui citati, e contenute nella sua *Dottrina amministrativa*; dello stesso autore, v. anche la sua *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano 1964, pagg. 813 e ss.

(15) Nella letteratura di questi anni, tra i vari esempi in proposito, cfr. i significativi riferimenti di Siano, *Tratt. Element. dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm. de. pubbl.*, 1968, specialmento pagg. 658 e ss., e di Siano, *op. cit.*, *passim*.

(16) Vedevo, che allora, secondo l'opinione dominante nella letteratura, si era evoluto nel senso di un progressivo prevalere del concetto dell'attività pubblica e di quella privata: cfr. per tutti Giannini, *La teoria della costituzione dello Stato con dir. Amm. de. pubbl.*, pag. 184.

gli elementi dei poteri di cui essi costituiscono l'esercizio; in detto privato non è necessario richiamare un concetto di imperatività derivato da quegli elementi, seppure in quelle ipotesi nelle quali altri soggetti possono semplicemente subire le conseguenze dell'agire dell'autore di quegli atti e di quei regimi: 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'esercizio dei poteri amministrativi può essere colto 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>(126)</sup>, agendo di regola unilateralmente<sup>(127)</sup>. Affiora così il concetto di unilateralità, che se è normale qualificazione sintetica dei caratteri dell'atto amministrativo di tipo tradizionale<sup>(128)</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>(129)</sup>, sono ciò nondimeno sufficiente chiarificazione dei problemi qui considerati, almeno dall'angolo visuale dal quale essi, appunto, sono qui considerati.

(126) Per l'evoluzione storica risalendo alle procedure con 116, anche le conseguenze processuali di questo vincolo sostanziale consistono, non correlativamente di vero: cfr. F. Serra, *Giurisdizione ordinaria, ecc.*, cit., pagg. 140, 141: la trasformazione sostanziale avvenuta negli atti amministrativi in provvedimenti fuori della r.d. imperatività, avrebbe profondamente mutato i termini del problema del limiti della giurisdizione del giudice ordinario.

(127) Oltre agli esempi dati nella precedente nota 127, cfr. ALBERTINI, *L'imperatività amministrativa*, cit., specialmente pagg. 124 e gli esempi ivi citati.

(128) Unilateralità, che, da parte, oltre tutti i limiti, non è necessariamente in contrasto con la natura di maggior partecipazione degli interessati alla formazione dell'atto amministrativo, e quindi di una preventiva segnalazione del consenso di cui è parte una rinuncia ad effetti: cfr. ALBERTINI, *L'imperatività amministrativa*, pagg. 244, 245, che osserva la compatibilità della «libertà» e del provvedimento con la unilateralità del provvedimento che si esprime. Cfr. peraltro, BERTI, *Elementi della trasformazione, ecc.*, cit., punto.

(129) Cfr., con particolare riferimento, GAVETTI, *Diritto generale, ecc.*, cit., pag. 33.

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 parte 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 e fattuari 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 r.d. imperatività dell'atto amministrativo, dal punto di vista del suo effetto r.d. di degradazione, e in ordine all'ipotesi nella quale l'atto stesso sta valido. Ad essa, sembra che sia possibile aggiungere un secondo punto critico, che si vorrebbe dire secondario, ma solo perché non coinvolge 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 atteggi 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 r.d. imperatività dell'atto; rimarrebbe ancora da dimostrare che una simile deduzione della vicenda sia in grado di raggiungere

l'obiettivo 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 esecutivo; e in realtà, pare che proprio accettando le premesse qui recepite questa conclusione sia incontestabile: 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 e «...realizza una fattispecie sostanzialmente diversa da quella del provvedimento valido...» (12), 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 infatti 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 vorrebbe 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 adunate nel secondo degli spunti critici sopra accennati.

(12) COSTA, *Diritto generale*, cit., pag. 11; il testo 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 esclusa 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 si dovrebbero 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, e francamente quelle della loro opportunità; e si tratta di valutazioni generalmente negative: a qualunque sfondo di razionalizzazione teorica residuerebbero comunque delle incongruenze, delle contraddittorietà irriducibili tra le linee giurisprudenziali, consentite 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 (13).

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 dal sistema legislativo, nei suoi contorni e

(13) Cf. soprattutto GATTI, *Diritto generale*, cit., cit., pagg. 12 e 16.

quindi nelle sue alternative di applicazioni adottate e scartate, la rilevanza delle soluzioni giurisprudenziali, le rispondenze 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 accontentarsi solo ad una serie di punti 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 chiarimento dovrebbe risultare una divergenza di rilevanza degli orientamenti della giurisprudenza: di quella giurisprudenza la cui fondatezza è puro 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 cosa 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 degradandosi il diritto soggettivo, rimane sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per le modeste ragioni di semplicità, si tratterà appena un punto pure di grande importanza, ma il cui approfondimento coinvolgerebbe grossi problemi di fondo di teoria generale del diritto: quella 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 base di puro fatto, oppure se, perciò, si ponga come un dato normativo in una qualche misura vincolante la possibilità di diverse prospettive interpretative<sup>(10)</sup>; altrimenti, si tratta di questioni di grande momento che qui non è essen-

(10) Per la rilevanza della chiarezza in tal senso degli orientamenti giurisprudenziali nei problemi in esame, cfr. in gli atti Scovazzi su la Giuris. la giurisdizione ordinaria, cit., cit., pag. 159; Villata, Evoluzione, cit., cit., pagg. 141 e ss.; Anzalone, Teoria del punto, cit., cit., pagg. 9 e ss., 144 e ss., 160.

Cfr. anche i effetti di Stato, Problemi soci e juríd., cit., cit., in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, pagg. 1115, 1118.

ziale affrontato: 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 attongono a diritti soggettivi. Il giudice ordinario (competente su "questioni di diritto") 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 disposizione 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>(11)</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

(11) Cassata, *Discorso generale*, cit., cit., pag. 171 nella stessa senso, cfr. anche Pisanò, *Intervento legislativo e giudice amministrativo*, cit., vol. II, pagg. 195 e ss.; Nazzari, *Processo civile e pubblico Amministrazione*, cit., pagg. 14 e ss.; F. Natta, *Giurisdizione ordinaria*, cit., cit., pagg. 171 e ss., il quale pure può accettare interpretando il concetto che la c.d. degradazione non si ha, quando l'atto amministrativo di stato assume una natura di potere (cfr. anche le considerazioni di Scovazzi, op. cit. cit.).

senso di una diversificazione del trattamento delle due ipotesi profilate.

Fuori 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 esisteva o meno, potrebbe sembrare ormai senza: 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 tendrebbe a considerare con qualche riserva obbligata: e perciò vano sarebbe approfondire la resistenza 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 confuso, 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 cooptare 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.

È 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 convergono strettamente condizionati: stanno in materia di usi 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 nel cui confronti non 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 si che si comincia a intravedere una possibile differenziazione sul piano degli schemi legislativi; allora si 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 delincono 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 scarna 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 diversa 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 o dell'altra. E 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>(17)</sup>. E si crede dunque che sia stata obbligata, senza

(17) Cfr. il primo capitolo, soprattutto a partire dal paragrafo I.

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.

Potera la giurisprudenza orientarsi diversamente? Potera 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? Sembrava di no: per l'evidente necessità di profilare l'accennata duplicità di ordini di norme che circondano 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 affermato 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 attribuita, 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 riconoscere 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 mimodicamente il loro esercizio, senza più un rapporto con gli interessi direttamente tutelati di quegli altri soggetti me-

desideri. Come, d'altra parte, ipotizzare un sistema nel quale ogni violazione di legge commessa dall'Amministrazione, per quanto diretta 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 palcoscenico ancor oggi valdano: il carattere di soggetto dell'ordinamento generale acquisito dall'Amministrazione anche come titolare di poteri pubblici, i limiti che su tale piano inesorabilmente si pongono, 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 girare pienamente nella spina in tal modo reso amplissimo, il potere di disapplicazione degli atti non conformi alla legge previsto dall'art. 5 della legge abilitativa del contenzioso amministrativo<sup>(109)</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, la mancanza dei quali non vedere rettificata alla pronuncia di sentenze aventi questa contenuto; e così via. Ma tutti questi punti riguardano l'ampiezza dei poteri da riconoscere al giudice ordinario, nei casi nei quali sia da ravvivare 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

(109) Cf. Motta, *La giustizia amministrativa*, cit., opusc. pagg. 17 e ss. Per la letteratura precedente, cfr. soprattutto la monografia di Cesare Biondi, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, Milano 1954, 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'adesione 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>(110)</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. Sappia, 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 prospettata. Da questo punto di vista, infatti, si potrebbe osservare che l'atto amministrativo invalido,

(110) Cf., sopra, le costituzioni analizzate nel paragrafo 16.

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 incide, che deriva pacificamente dall'atto amministrativo valido: quell'effetto di estinzione del diritto soggettivo al quale si dovrebbe ricollegere, 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 appoganti: sembra che non colpino l'essenziale, che pesino 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 proposti 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 privati<sup>(16)</sup>.

Questa è la conclusione che discende inevitabile da quella distinzione delle norme di azione dalle norme di relazione del potere, che a sua volta è posta il presupposto sostanziale necessario del riparto di giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo delineato dalla nostra legislazione. E in 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, ritenendo 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 controversia cade sopra un diritto che si pretenda lesa da un atto dell'autorità amministrativa... »; ma, soprattutto, parrebbe ancor più difficile che la questione di (illegittima eliminazione di) un diritto, non estintivo « ... questione di un diritto civile o politico... » si annii del precedente articolo due, che è la norma fondamentale attribui-

(16) Cf. CORTIS, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pag. 29 (in vol. 5. I *Atti e atti di Elezioni in la Giustizia, la giurisdizione ordinaria*, cit., pag. 187); DE LUCA, *L'azione di potere*, cit., cit., pagg. 96 e ss.

tiva della giurisdizione del giudice ordinario<sup>(12)</sup>. È per queste ragioni che, se davvero l'estensione in senso tecnico del diritto soggettivo derivasse dall'atto amministrativo, l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario al riguardo costituirebbe una incontestabile forzatura della lettera e dello spirito del sistema. Formulata 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 oggettive.

Fra qui il discorso sull'atto amministrativo illegittimo. Rimangono 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 scelta. 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 riconoscere 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-

(12) Cf. VILATI, *L'esclusione delle decisioni, ecc. cit.*, pagg. 142 e ss.

violate. Sulla diversa ricostruzione che si è cercato qui di proporre, è evidentemente superfluo insistere. Solo, se si volesse continuare a mantenere quella prospettiva, se si volesse continuare a ricollegere la determinazione del giudice giurisdizionalmente competente agli effetti che scaturirebbero e 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 comporta nullità dell'atto, è perché l'atto non produce il suo effetto tipico, che il diritto soggettivo non viene degradato<sup>(13)</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 tenere la conseguenza che anche l'atto emanato in carenza di potere degrada il diritto soggettivo. Ecco, 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 consiglierebbero 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

(13) Cf. F. Serra, *Giurisdizione ordinaria, ecc. cit.*, pag. 171 e ss.

ordinario. Ma la formulazione incertezza 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 esistente, 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>(10)</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 risulterebbe 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 lesività) di tale degradazione, non sfuggirebbe alla giurisdizione suddetta, ricorrendo 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 abilitrice 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 abilitrice del contenzioso amministrativo; tale legge, comunque, non presuppone una demerzione disciplinare del rapporto sostanziale. — In conclusione, dall'analisi degli aspetti salienti della problematica dei limiti della giurisdizione del giudice

(10) Si veda, come è noto, alla tal occasione da MAROTTA, *Problemi della pubblica Amministrazione*, cit., pag. 41 e ss., se nel cit. tra gli altri, i citati articoli di CASANO, *Diritto generale*, cit., cit., specialmente pagg. 28 e ss. SORU, *Il nuovo giudizio*, cit., cit., specialmente pagg. 145 e ss., e nelle legge non 94, e pagg. 137 e ss., e nella legge non 105.

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 eccezioni 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 aree 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 ricoperti, 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 delimitare 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,

sino 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 sussistenza di un diritto del privato).

S'intende che le conclusioni ritratte possono essere avanzate solo sulla base dell'impostazione qui proposta, secondo la quale i termini del problema devono essere ristretti al solo campo dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario: costruire 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 confrontati 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>(10)</sup>. Queste perplessità, poi, aumentano notevolmente, se i rilievi che procedono vengono confrontati ad un dato di fatto di per sé indubitabile, 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>(11)</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>(12)</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

(10) Cf. soprattutto Fasoli di Cassano Borsari, *Le tendenze giuridiche, cit.*, passim, ma specialmente pagg. 75 e ss.

(11) Per ricostruzioni, cfr. le considerazioni di Cassano Borsari, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pagg. 272 e ss.

(12) Cf., nel primo capitolo, la nota 128.

(13) Cf. le considerazioni contenute nel paragrafo 5, alla fine del primo capitolo.

è ovvio 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>(97)</sup>, o comunque in posizioni che si esauriscono entro l'ambito della sfera giuridica dell'Amministrazione<sup>(98)</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 scavo contenuto processuale, in quanto disposizione attributiva della giurisdizione

(97) Cf. DEJURE, *L'azione di potere*, cit., cit., pagg. 41 e ss., per l'affermazione che il significato della formula *diritto civile o politico* utilizzata dal legislatore del 1865 non deve intendersi delimitatamente amministrativo, ma, al contrario, sostanziale ed esteso.

Cf. anche *op. cit.*, cit., le considerazioni relative all'evoluzione che tale significato avrebbe effettivamente avuto. Da notare, peraltro, che DEJURE pone alla base di una sua serie di tesi, dando il massimo rilievo al momento di valore dei consueti processi di diritto soggettivo e di interessi legittimi nel presente lavoro, viceversa (« il paragrafo che segue, non potrebbe lo si vuol che la richiesta dell'uso degli interessi giuridici come diritti soggettivi privati, e quindi esclusi del giudice ordinario, debba essere attribuita soprattutto al cambiamento della disciplina legislativa, e dell'interpretazione di questa, nei singoli rapporti sostanziali tra Amministrazione e altri soggetti »).

(98) Cf. GOTTARDI BATTISTI, *voce Interesse*, cit., in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, pag. 31, pag. 32.

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 senza'altro egual 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 richiesta 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 abilitrice del contenzioso amministrativo (e il successivo art. 4), sono « ... delle norme solo processuali, le quali non comportavano alcuna automatica presupposizione di norme sostanziali<sup>(99)</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 rivelerebbero 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

(99) GOTTARDI BATTISTI, *voce Interesse*, cit., pag. 32; per la tesi della portata solo processuale della norma che si esamina, si veda, sostanzialmente, DEJURE, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo*, cit., pag. 43.

non costituisce, e anzi fortemente contribuisce alla configurazione suddetta.

Anzitutto, la norma in esame, agguardando la giurisdizione del giudice ordinario all'esistenza di un diritto soggettivo di cui sia titolare il privato e ... ancorché... » (preciso la legge) e ... 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 r.d. d'imperio<sup>(16)</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 lusingata 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 appassionato 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, contrapposta a poteri pubblicistici dell'Amministrazione, che fosse delimitata 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>(17)</sup>.

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

(16) Cf. i citati di Amore, *ibidem*, cit., pag. 1628.

(17) Cf. la stessa e dettagliata esposizione del Siccardi, *La giustizia amministrativa*, cit., pag. 124 e ss.

tiva, 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 validità 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 riferimenti sul piano sostanziale della norma che si esamina: si deve notare, cioè, che essa, attribuendo ai diritti soggettivi del privati la garanzia dell'autorità giudiziaria ordinaria, rafferma la loro consistenza, e, in ultima analisi, ne definisce meglio il concetto. Evidentemente, sulla scorta più forte di lungo della ripresa in questa sede delle notissime dispute sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, e del ruolo che gioca 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 può costituire un elemento essenziale, più che normale, di tale nozione, e ciò specie in un ordinamento, come quello delimitato 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 può 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 (170).

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 privati; 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 rievocata, 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 presannunciato, 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 invariato anche nei confronti delle modificazioni che eventualmente possono 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 produce nel

(170) Sul punto, cfr. infra, nel terzo capitolo, specialmente i paragrafi nn. 28 e 31.

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 sostituire 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'entità giudiziaria ordinaria, che storicamente si è effettivamente verificata, ma perfino, teoricamente, una maggiore (171), 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

(171) Se si ignora il problema della sopravvenienza della giurisdizione del giudice ordinario, in sostanza delle quali da parte l'Amministrazione come soggetto dotato di poteri d'impeto, in relazione al permanere di situazioni giuridiche individuali tutelabili come diritti soggettivi, per questo non applicativa l'affermazione del Vercellone (*Opuscolo giurisprudenziale*, cit., pag. 499): per questo può considerarsi la stessa giurisdizione pubblica, e dunque di quella privata, almeno sempre in rapporto ai 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 questo.

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: non corrisponde perfettamente al generale mutamento dei rapporti tra soggetto pubblico e soggetto privato, il quale, anche nella sua formulazione attuale, 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>(12)</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'analisi visuale, e dei nodali concettuali mediante la cui utilizzazione sembra possibile dare a considerazioni del genere un contenuto più tecnico, pareno 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 perso per lo più generico, vengono ad acquistare un più rigoroso valore dogmatico: l'esplicitamento, incontestabile, dell'attività pubblica, presuppone un ampliamento di quei poteri giuridici, dei quali l'attività stessa costituisce l'esplicitazione, secondo quei nodi concettuali che si sono sopra richiamati; e tale ampliamento del

(12) La generale constatazione del fenomeno rende superfluo l'appoggio al testo mediante citazioni inespugnabili. Per alcuni considerazioni approfondite, in collegamento col problema della giurisdizione del giudice ordinario, che potrei dire, *L'essenza di poteri*, cit., cit. pag. 9 e n.

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 azioni che si sono in precedenza accennate, e rilevando, dunque, che, alla base di questo ampliamento, si 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 prova pare 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>(109)</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 subite il panorama dei rapporti sostanziali tra Amministrazione e privati, spingono abbastanza persistentemente, di per sé, la riduzione dell'area sulla quale il giudice ordinario afferma la propria giurisdizione. Con ciò non si vuole concludere 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

(109) Naturalmente, ciò da fatto ampliando l'area, e agendo non il padre che qui più prima, un bambino così fino a compiere che, le aree costituenti il Stato, *Problemi sul «fidei»,* cit., in *Sto. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000.*

ostacolo, all'accettazione della tesi della sostanziale costanza e unitarietà dello sviluppo dell'interpretazione della legge abilitrice 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 periplocizzazione 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 altrove, cioè 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 sostanzialmente 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 modello costituzionale della contrapposizione della contestazione dell'esistenza del potere, a quella della legittimità del suo esercizio: contrapposizione che è affermata e utilizzata coerentemente 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, concomitantemente e meno, abbia per oggetto, in primo luogo, il presupposto errivo dell'orientamento giurisprudenziale del quale si discute: 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 dottrina dominante, dovrebbe essere da questa rivolta non già alle

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 ineccepito 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 riassegnazione delle posizioni di diritto soggettivo, sarebbe possibile ottenere una riassegnazione dell'area di giurisdizione del giudice ordinario; e chi ritiene giustificata la riassegnazione di questa area, non può non sostenere la diversa disciplina del rapporto sostanziale che essa inevitabilmente presuppone, mette o non mette comunque al centro del problema, gli aspetti propri di quella disciplina medesima (17).

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 costruire in modo cautelativo 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 coesistenza) - norma di ordine, tutela assoluta

(17) È in questa sede di idee, sembra, che deve essere appreso l'apologo del Cavotta, *Corr. cit.*, pag. 158, secondo la quale il cittadino nel diritto di esempio che non esercita i suoi, le tasse o i suoi dell'espropriazione, appartiene al sistema del grafico urbano (cit. cit.), le strutture della giurisprudenza ordinaria.

- 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; accorrendo 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 (18).

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 preciso 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 (19), della giurisdizione del giudice ordinario, o quella sostenuta dal Consiglio di Stato (20), 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-

(18) Cf. le precise considerazioni di Gravino, *Diritto generale, cit.*, cit., pag. 96.

(19) Cf. la sentenza 11 ottobre 1961, n. 2045, in *Foro it.*, 1961, I, 129, con note di richiami.

(20) Cf. la decisione della Sez. IV, 30 aprile 1961, n. 553, in *Foro it.*, 1961, III, 84, con note di richiami anche di dottrina.

Nella vicenda, cfr. BORGALLI, *Espropriazione per la edificazione di comparti di piano regolatore e competenza giurisdizionale*, in *Giur. cit.*, 1961, I, 125, nonché la nota della dottrina sulla posizione soggettiva dei proprietari di immobili soggetti a espropriazione per formazione del piano regolatore, in *Dir. giur. ed. it.*, 1961, I, pag. 11 e ss.

Cf. anche Gravino, *Diritto generale, cit.*, cit., pag. 83.

dazione che ostacolerebbe o meno da un atto amministrativo imperativo, e simili, si affacciò la ricostruzione del carattere 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 delimitato 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 ammetta l'una o l'altra soluzione, all'Amministrazione, per dirla con un linguaggio attento, ma ciò nonostante esplicito, e comunque intuitivamente traducibile in termini dogmaticamente rigorosi, viene attribuito un ruolo meramente sostitutivo di una iniziativa privata in ipotesi sarente, oppure risolutivamente 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.** 18. Le proposte di riforma dell'attuale sistema di giurisdizione amministrativa. Il mantenimento della ripartizione delle giurisdizioni nei confronti della pubblica Amministrazione potrà una definitiva compatibilità delle situazioni giuridiche dell'una e dell'altro titolare. Un'eventuale approfondimento di questo aspetto non imporrà in una immediata pratica applicativa e accademica. Ricordo. — 19. Il significato di una riforma che riduca al giudice ordinario la tutela dei diritti soggetti nei confronti della Pubblica Amministrazione, in ordine all'ordinamento sostanziale che lo Stato di diritto aveva in Italia costruito sostanzialmente. Le implicazioni costituzionali. Le conseguenze pratiche alle quali dà luogo l'attuale ripartizione di giurisdizioni. Una riforma deve essere valutata anche nel quadro delle generali tendenze dell'amministrazione della giustizia in Italia. Non comunque possono essere eliminate all'incanto del sistema senza una sua radicale modificazione. — 20. Il valore del mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica Amministrazione e nei suoi rapporti interni stessi. La possibilità di una ampliamento futuro. I diritti che devono essere assicurati ai singoli nel quadro dell'eventuale del ruolo costituzionale. Il riordinamento dei diritti che essi amministrativi dipingono. — 21. I presupposti per un ampliamento ed una rivalutazione del ruolo del giudice ordinario. Il riordinamento del diritto di ricorso di annullamento dell'atto amministrativo e di revoca dell'Amministrazione e delle conseguenze di questi. Le soluzioni di riferimento di un progetto reale nella conclusione della separazione tra pubblica Amministrazione e privati. Il nuovo sistema della giurisdizione del giudice ordinario come garante di situazioni giuridiche letteralmente oggettivamente come diritti, anche perché appare applicabile una evoluzione della giurisdizione del giudice amministrativo che compari una attenuazione dei suoi aspetti oggettivi e dunque la via differenziale sempre più della prima. — 22. Le ragioni costituzionali dell'ampliamento del ruolo del giudice amministrativo. Il profilo del soddisfacimento dell' esigenza di tutela giurisdizionale. Il nuovo giurisdizionale amministrativo come fonte di partecipazione all'attività amministrativa. L'attuale soluzione del problema amministrativo degli interessi che vengono espresse sostanzialmente più sottile di tutela giurisdizionale. Le ragioni costituzionali di tale ampliamento del punto di vista della struttura dello Stato. L'ampliamento del ruolo del giudice, e della legge della quale nel garantire l'applicazione. — 23. Le conse-

oni dell'impulso degli interessi sociali e degli atti amministrativi sindacali nel processo amministrativo. La sfiducia dell'impulso della azione di inasprimento legittimo. Le sue sfiducia e i suoi limiti. La proposta di superare le contraddizioni del processo amministrativo come strumento di tutela del nuovo legittimo. I nuovi punti di tale configurazione e gli innovamenti che esse oggi propone. La omogenea situazione dei poteri soggetti della giurisdizione amministrativa, di fronte alla quale riflette la sua ragion d'essere la giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione.

29. *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 dell'una e dell'altra tutelate. L'insufficiente approfondimento di questo aspetto così importante in una letteratura penalmente cospicua e sottobondante. Rinvio.* — È tempo ormai di raccogliere le fila di tutto quanto si è venuti fin qui dicendo. Il presente lavoro non vuole andare oltre un tentativo di una pura ricostruzione sistematica di quel riparto di giurisdizioni che è l'aspetto più caratterizzato del nostro sistema di giustizia amministrativa; tentativo che sia sviluppato a partire dai soli elementi offerti dal diritto positivo, per quanto intesi in senso lato: certo, il dato testuale, scintillato, ma valutato nella ormai lunga prospettiva storica nella quale si colloca, e alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale che ormai costituisce parte della realtà effettuale di questo settore del nostro ordinamento, e tenuto conto dei cospicui apporti dottrinali che in una certa misura e in un certo senso costituiscono anch'essi fonte del diritto.

Malgrado che questo libro si presenti, perciò, a carattere puramente interpretativo di quei dati positivi, ciò non di meno le sue conclusioni devono essere delineate su un altro piano: quello che viene imposto dalle ricorrenti critiche che non si possono ignorare, del valore e della praticità del riparto di giurisdizioni attualmente vigente, e questo meno del criterio sul quale esse si basano; quello che viene imposto dalle conseguenti richieste di una sua modificazione delle quali non si può non tenere conto, anche se esse momentaneamente paiono essersi attenuate; forse perché l'emana-

zione intervenuta nel frattempo, di una legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali alla quale è prevalentemente legato una portata innovativa al riguardo, sembra essere venuta come una perdita occasionale di riforma, che si prevede che non si ripresenterà tanto presto. Richieste di modificazione dell'attuale riparto che comunque, come è noto, sono nel senso di una sostituzione al criterio vigente di quello del c.d. potestà<sup>(1)</sup>, s'intende ora si esclude che una innovazione del genere sia già stata (o verosimilmente) introdotta dalla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, come sostenuto da autorevoli opinioni minoritarie<sup>(2)</sup>; e addirittura nel senso di una sua radicale eliminazione, mediante l'istituzione di un giudice unico<sup>(3)</sup>.

Evidenti legittime del genere parrebbero comunque delle questioni di compatibilità con la avvenuta canonizzazione costituzionale, nella definizione delle giurisdizioni civile e amministrativa, delle più tradizionali soluzioni del problema della discriminazione relativa<sup>(4)</sup>. Ma non è questo il profilo che si preferirebbe qui approfondire: una volta posta in discussione la opportunità di mantenimento del sistema vigente, è meglio affrontare francamente queste sedie di considerazioni, rinviando a aperture costituite da argomenti di diritto positivo, anche se questi si rintracciassero addirittura al massimo livello normativo, anche se il loro esperimento implicasse una per il momento del resto non prospettabile revisione della Costituzione.

D'altra parte, è chiaro: se mantenere o modificare più o meno radicalmente l'attuale sistema, deve scaturire dal totale finale di un bilancio completo dei pro e dei contro di ogni possibile riforma; totale e bilancio che non si possono qui formulare:

(1) Per tutti, v. MARE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrato dal ministero delle leggi amministrative e costituzionali*, vol. *La giustizia amministrativa*, cit., 1949, pag. 37.

(2) *Ibid.*, supra, nel primo capitolo, pag. 37 e le note 33.

(3) Per tutti, v. GUARINI, *Discussione generale sulle giurisdizioni amministrative*, in *Rev. dir. proc.*, 1964, pag. 19 dell'inserto.

(4) Anche su questo punto v. le note 33 nel primo capitolo.

troppi dati appaiono ignoti e incerti, tra quelli che sfuggono alla cultura e alle metodologie tradizionali del giurista, come tra quelli che viceversa vi rientrano. Solo, in questi anni hanno avuto particolare rilievo e diffusione universalmente le ragioni a favore dei mutamenti; e parrebbe perciò non inopportuno, come contributo ad una valutazione circa unilaterale delle questioni in gioco, ricordare che esistono anche fattori di segno contrario, la cui consistenza sembra meritevole di essere apprezzata.

Diciamo subito, infatti, che ci pare che esistano anche valide ragioni a favore del mantenimento del sistema attualmente vigente: a favore del mantenimento del connesso della giurisdizione ordinaria con quella amministrativa nel sindacato della legalità dell'azione amministrativa, anche di quella che costituisce esplicazione di poteri autoritativi; a favore del mantenimento delle linee principali del tradizionale riparto di competenza tra di esse: una giurisdizione ordinaria ovunque garante del rispetto dei confini tra poteri dell'Amministrazione e diritti di altri soggetti, accanto ad una giurisdizione amministrativa incontestabile protagonista del controllo della legittimità dell'esercizio di quei poteri, all'interno di quei confini.

Diciamo anche subito, peraltro, che i motivi più profondi che sono a favore del mantenimento dell'attuale sistema non risultano, non possono risultare dalle indagini tradizionalmente svolte sui problemi considerati in questo libro; e neppure da questo libro stesso, che a sua volta non si distacca, per il suo carattere non si poteva distaccare fin qui, dalle impostazioni sviluppate in tale letteratura.

Infatti, è cosa generalmente nota: il tipo di tutela giurisdizionale che l'ordinamento attribuisce ad una posizione di diritto sostanziale è un elemento che incide profondamente alla natura stessa di quest'ultimo<sup>(1)</sup>. In molti sensi: perché tale

(1) In una prospettiva originaria, v. lo stesso, a proposito della nuova legge sul processo del lavoro, Paolo Prosser, *Tipologie giurisdizionali differenziate e nuovo processo del lavoro*, in Foro It., 1975, V, col. 264 e ss.

tipo di tutela è un rilevante fattore di configurazione del contenuto di tale posizione. Ma anche perché i modi della tutela giurisdizionale devono adeguarsi da parte loro ai caratteri della posizione protetta. Osservazioni, queste, che valgono ambobas, con maggiore evidenza, per quel che riguarda i contenuti positivi e impossibili della sentenza o della decisione giurisdizionale. Ma anche, e con maggiore ragione, per quel che concerne la natura, i parametri e i limiti dell'accertamento giurisdizionale; e poi anche altri aspetti del processo, che tale in un senso molto relativo e semplicistico possono dirsi secondari: valga per tutti il riferimento alla disciplina dell'istruzione e dell'onere della prova.

Queste prime considerazioni, di per sé assai piatte, possono essere sviluppate, e completate con la formulazione di una affermazione che pare comunque valere in linea di principio: la diversificazione dei tipi di quella tutela giurisdizionale, che per un verso, nei sensi accennati, è così intimamente connessa con le peculiarità della situazione sostanziale protetta, per un altro verso postula una corrispondente diversificazione degli organi competenti ad esercitarla. Perché i caratteri di tali organi, la loro composizione, la formazione e la provenienza dei loro componenti, i vagli attraverso i quali viene attuata la loro selezione e chi la fa, i modi e la misura nei quali viene garantita la loro indipendenza e imparzialità e chi lo garantisce, sono elementi tutt'altro che estranei rispetto ai fattori che si sono riconosciuti rilevanti per la soluzione dei problemi in esame: sono elementi caratterizzanti, e fortemente caratterizzanti i singoli tipi di tutela giurisdizionale, che ad un tempo condizionano e sono condizionati dai caratteri delle situazioni sostanziali tutelate. Deve essere dimostrata l'esattezza dell'assunto, di intuitiva evidenza, che l'interesse legittimo è qualcosa di diverso dal diritto soggettivo, in larga misura anche perché il Consiglio di Stato è qualcosa di diverso dalla Cassazione? Ma anche quella dell'opposto assunto che il Consiglio di Stato è qualcosa di diverso dalla Cassa-

sione in larga misura anche perché l'interesse legittimo è qualcosa di diverso dal diritto soggettivo?

Proposizioni, queste, che possono e devono essere rovesciate: e se ne ottiene una affermazione che da esse consegue necessariamente a mo' di corollario, che ha il sapore dell'ovvio, e che dunque le rafforza: se la pluralità dei tipi di tutela presuppone la pluralità dei giudici che la garantiscono, l'unicità del giudice tendenzialmente presuppone l'unicità dei tipi di tutela (\*). Ma anche ad un tempo la provoca: perché progressivamente provoca l'appiattimento delle differenze tra situazioni sostanziali e moduli processuali pure sotto altri profili ben diversamente definibili. È parrebbe difficile che fossero proprio gli studiosi di giustizia amministrativa a dubitare di ciò: gli studiosi che per la materia alla quale si applicano possono valutare e fare il bilancio di una notevole esperienza; la quasi completa strofinazione della giurisdizione amministrativa di merito, tra le cause della quale sembra che si debba annoverare in posizione preminente la sua mancata diversificazione sotto il profilo soggettivo: la circostanza che è stata affidata allo stesso giudice della legittimità (\*\*).

E allora, è evidente: se in Italia debba continuare ad esserci oppure no l'attuale concorso di giurisdizioni, se in Italia il riparto di competenza tra di queste debba continuare ad essere de-

(\*) Cf. de ottino, *note* richiamate, sopra in una prospettiva non identica a quella del voto. Berti, *Elementi della trasformazione della giustizia amministrativa in Rn. trim. di pubbl.*, 1972, pag. 1847: «Un giudice imperatore su solo tipo di giudice, con potestà, e pur di seguire su tutto, una sola giustizia».

(\*\*) Il riferimento per significatività, perché è una delle giurisdizioni amministrative di merito la rivogliamo in questi casi un recente lavoro: v. note di Ottaviano, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa, nel senso voluto dagli Art. del congresso*, cit., pag. 117, e, successivamente, *Povermann, Origini e prospettive del sistema di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Rn. trim. di pubbl.*, 1969, pag. 459 e ss., specialmente pag. 522 e ss., nelle cui note v. Sacco, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Fisco* n. 1969, V, col. 18, in senso diverso, più vicino alle prospettive skandinaviche sul passato lavoro. Cf. anche de ottino Berti, *op. loc. cit.* nella nota precedente, pag. 1875, e, in tutti questi scritti, alcuni indicatori di letteratura, alle quali si rinvia per brevità.

liante secondo le differenze di natura delle situazioni giuridiche sostanziali nell'una e nell'altra sede tutelate, è problema che può proporzionatamente può essere impostato e risolto solo in base ai caratteri di queste situazioni medesime; e tutto il resto, quindi, deve essere considerato secondario.

Perché se le situazioni giuridiche in gioco paressero essere relativamente omogenee, ogni differenziazione del tipo di tutela giurisdizionale, nei suoi caratteri oggettivi e soggettivi, sarebbe ben più che un fattore di dubbi, di ritardi, di inutili complicazioni: sarebbe addirittura una incongruenza dannosa, una causa di artificiosa differenziazione, e dunque di sfianamento e di degenerazione di rapporti sostanziali che dovrebbe venire eliminata in quanto tale, e dunque per ragioni sostanziali ben più importanti di ogni inconveniente relativo alla sua pratica applicazione, e a prescindere da essi. Ma se, invece, tali posizioni risultassero eterogenee, e significativamente eterogenee sotto i profili che qui impertano, per quel che riguarda la natura della norma sostanziale di protezione, o la prospettiva nella quale essa si colloca, o altri aspetti, allora le conclusioni dovrebbero essere opposte: allora difficilmente in nome della praticità e della semplicità, che poi ormai sarebbe solo semplicismo, si giustificerebbe l'unificazione delle forme della loro tutela, e quanto meno l'appiattimento delle differenze tra di queste, mediante l'unificazione degli organi giurisdizionali competenti ad esercitarla; allora sarebbe il trattamento in questo senso del sistema attuale, e non il mantenimento, che si farebbe causa di artificiosa conformità, che si tradurrebbe in un fattore di sfianamento e di degenerazione.

Seramente, è proprio il profilo della natura delle situazioni giuridiche sostanziali in gioco, che qui pare di decisiva rilevanza, quel che è stato più trascurato da una letteratura per tanto esplosiva per astità e appesantimento: tutto tesa a ricostruire le linee di discriminazione tra la giurisdizione civile e quella amministrativa, sempre sfuggenti, ma che il legislatore in parte definisce e per il resto presuppone, e che quindi devono es-

vere individuali; quasi che essa si esaurisca in questa ricerca, e avendola in qualche modo portata a termine, rinunciasse ad andare oltre, a domandarsi il significato più profondo di quanto rinvenuto.

Si dice che il diritto soggettivo, e difensore del *s.d.* interesse legittimo, consiste in una protezione assoluta e diretta di interessi individuali; ma perché il giudice dagli interessi protetti in modo assoluto e diretto, il tipo di tutela giurisdizionale di questi, sono, forse devono essere diversi dal giudice, dal tipo di tutela giurisdizionale degli interessi protetti solo in modo relativo e indiretto? Si è cercato di confermare che il diritto soggettivo può essere considerato tale, in quanto l'interesse individuale così protetto si collochi al di fuori dei poteri dispositivi dell'Amministrazione; ma perché il giudice, il tipo di tutela giurisdizionale nella contestazione della esistenza e dei limiti del potere della Amministrazione sono, forse devono essere diversi dal giudice, dal tipo di tutela giurisdizionale nella contestazione della sola legittimità dell'esercizio di questi? Sono queste le domande delle quali si cercherebbe invano una risposta nella pur per altri versi sovrabbondante letteratura sull'argomento; anzi, sono queste le domande delle quali si cercherebbe invano la stessa proposizione, almeno col rilievo che impone l'importanza che ad esse pare necessario dare.

Certo, che diritto soggettivo e interesse legittimo siano situazioni giuridiche soggettive sostanzialmente non eterogenee in modo significativo dal punto di vista delle esigenze di determinazione del giudice giurisdizionalmente competente al riguardo, e di predisposizione dei relativi tipi di tutela giurisdizionale, è chiaramente presupposto dalle proposte di riforma sopra ricordate<sup>(7)</sup>; con evidenza, dalla proposta di affidare la tutela ad un giudice unico; ma, in fondo, anche dalla proposta che in parte

(7) Ma non solo da queste: cfr., da ultimo, CARONIA BARRERA, *La legge sui tribunali amministrativi regionali e i limiti della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. di pubbl.*, 1972, pag. 1072.

finisce col risolversi nella prima, di anzitutto come fattore di discriminazione decisivo i poteri che si possono chiedere a protezione dell'uno e dell'altro: quindi, la loro interscambiabilità.

Ma non sembra che una risposta di questo genere, tendenzialmente solo postulata, o costruita in troppo larga misura solo implicita, possa ritenersi soddisfacente: per la rilevanza centrale del problema che si vorrebbe così risolvere, o meglio spiegare; per l'intuizione in troppo facile della esattezza e della completezza dei valori e delle nozioni con esso implicati.

Il legislatore di un secolo fa rese il diritto soggettivo, nella contrapposizione di esso all'interesse legittimo o non importa qui a quale diverso concetto, l'elemento decisivo di una questione, altrettanto di così quotidiana proposizione e di così concreta rilevanza pratica, come quella della determinazione del giudice giurisdizionalmente competente. Lo fece nel 1865 come il fattore discriminante rispetto alla esistenza o meno di una garanzia così fondamentale di una situazione giuridica soggettiva sostanziale, come la sua tutela giurisdizionale: per giunta quella del giudice ordinario, la più piena di quelle concepibili sotto anzi fa. Lo confermò nel 1889 come il limite oltre il quale questa era solo surrogabile da un controllo di carattere così diverso e di così incerta definizione, che solo qualche decennio dopo acquistò incontestabilmente natura giurisdizionale. Insomma, lo pose come la situazione giuridica soggettiva sostanziale nella quale si basa l'intera sistema, nei suoi profili più caratteristici. E non è pensabile che lo sviluppo di una costruzione legislativa di simile portata avrebbe stata culturalmente e politicamente possibile, se essa non avesse trovata le sue basi in realtà profondamente sentite e nettamente prospicite, anche se forse non altrettanto lucidamente definite: in realtà, se si vuole, in ultima analisi considerabili con tanta evidenza di rilievo solo in una prospettiva ideologica ben precisa; ma comunque tradotte in diritto positivo, e dunque proprio per la medesima di questo profondamente inseriti alla struttura dello Stato di diritto dell'età libe-

rato, alla sua costituzione materiale, quando non anche a quella formale.

È oggi quel sistema superato? Parebbe proprio di sì, almeno in certi suoi aspetti: se è vera, come sembra, che difficilmente un legislatore contemporaneo il quale dovesse fondare e costruire ex novo un sistema di giustizia amministrativa, porrebbe ancora alla base di esso la contrapposizione del diritto soggettivo all'interesse legittimo. Ciò che sicuramente significa che delle ragioni della distinzione si è attenuata, se non spenta, l'urgenza politica, e prima ancora la consapevolezza culturale: quella consapevolezza culturale la quale anch'essa, oltre certo soglio, si fa fattore concreto di azione o di inazione pratica. Ma non sembra che questi fattori, per quanto importanti, possano bastare a spiegare come mai, in un periodo di tempo relativamente limitato, sia divenuto così poco rilevante quel che non troppi decenni fa decisamente rilevante era sentito: e si può supporre che della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo siano venuti meno, almeno in parte, gli stessi presupposti costituzionali generali.

Ma queste facilmente intralate, queste del resto così diffusamente presupposte superamento di tale distinzione non dovrebbe voler dire in nessun modo che la ricerca delle vecchie ragioni del sistema sia diventata soltanto opera di archeologia giuridica: e non solo per il valore che queste ricerche devono conservare, come utile, se non indispensabile strumento di interpretazione di leggi comunque ancor oggi, malgrado tutto, sostanzialmente vigenti. Quel che è sul tappeto è la modifica di un complesso di leggi di un secolo fa, che per un secolo sono rimaste in vigore, al fine di superare difficoltà e difformità oggi sentite come assai concrete, e sia pure particolarmente oggi sentite come assai concrete: ma la soluzione storica è prospettiva insostituibile per ogni non contingente soluzione di problemi attuali, per quanto esclusivamente attuali essi possono semplicemente parere.

Da un lato: ogni proposta di riforma deve derivare, quasi necessariamente conseguiva alla individuazione dei suoi motivi; e se questi si ricollegano alla trasformazione di un ordine antico, la loro giustificazione non può essere limitata alla generica affermazione che una trasformazione di esso e dei suoi presupposti è comunque avvenuta: senza la precisazione di quali fattori significativi siano sopravvenuti, di quali fattori significativi siano venuti meno; senza la definizione di quale fosse il quadro generale codificante gli istituti di giustizia amministrativa che esisteva in partenza, senza la precisazione di quale sia il corrispondente quadro generale contemporaneo.

Da un altro lato: l'attribuzione al giudice civile di giurisdizione nei confronti della pubblica Amministrazione, l'antecoraggio della misura di esso al concetto di diritto soggettivo, per quanto insubordinatamente possa qui apparire la chiarificazione delle loro ragioni più profonde, si può facilmente intuire che non furono una arbitraria e gratuita soluzione meramente processuale a problemi meramente processuali: furono sviluppi legislativi quanto mai consoni con i lineamenti dello Stato di diritto dell'età liberale, che di tale Stato, nella sua logica interna, costituivano il completamente quanto mai coerente e quanto mai necessario, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, l'acervo: ottimi radici assai profonde; le quali, oltre tutto, più di ogni altro fattore lo erano non effimeri. Il riformatore di oggi non può essere più superficiale di quello di cento anni fa, non può limitarsi a valutare solo gli aspetti di pura praticità delle soluzioni da scegliere - da scartare, a pena di una secca degradazione dell'incisivo del nostro ordinamento giuridico, a pena di una secca perdita del suo spessore e della sua interna logica; e deve perciò cercare sotto il medesimo profilo, soluzioni che con i lineamenti dello Stato contemporaneo siano non meno coerenti, siano non meno coerenti, e ne costituiscano il completamente non meno necessario. Il che riporta il discorso, appunto, sul terreno sostanziale, e in una prospettiva generale, che oggi non può non

essere, in primo luogo, quella costituzionale. Il che richiede allora, se non altro per necessità di ricerca e di contrapposizione dialettica, ad un tempo, e la precisazione di come quel terreno e quella prospettiva si dovessero delineare cento anni fa, e la identificazione di questa, in quali aspetti, in quali direzioni l'uno e l'altro si siano venuti aiutando, e trasformando fino a diventare quelli attuali.

In questo ordine di idee si sente grave quella lacuna di analisi concettuale che è sembrata altrettanto singolare in una letteratura per altri versi così copiosa. Lacuna alla quale non sfugge neppure il libro che si vorrebbe qui concludere; anche se esso è stato scritto in vista di quegli approfondimenti la cui necessità è stata così larvata, e come momento di ricostruzione del dato positivo che, per i contrasti e i dubbi soprattutto teorici ai quali la sua interpretazione dà luogo, per ogni ulteriore sviluppo di indagine è parso fare insidiabile; anche se in esso, in più di una pagina, è affiorata l'indicazione del piano sul quale devono essere ricercate le risposte alle domande formulate: il piano dell'assetto costituzionale dei rapporti tra pubblica Amministrazione e cittadini, e quindi, prima ancora, della struttura generale dello Stato.

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 rielaborate nel quadro delle generali disposizioni dell'amministrazione della giustizia in Italia. Esse comunque possono essere eliminate all'interno del sistema senza una radicale modificazione.* — È per questi motivi che le ragioni a favore del mantenimento del sistema vigente di giustizia amministrativa, si intende solo nelle sue grandi linee, che possono essere qui accennate, sono solo quelle formulabili ad un livello meno profondo di

quel che è qui parso decisivo: una sola quelle pertinenti, viceversa, al piano sul quale si sviluppano le ricostruzioni critiche a quel sistema medesimo; prevalentemente, al piano delle considerazioni di opportunità pratica: il sistema sarebbe inefficiente, e ciò soprattutto perché sarebbe illogico. Pur con queste limitazioni di prospettiva, però, forse si può fare qualcosa di più che valutare la consistenza di tali critiche: successivamente, si tenterà di abbozzare qualche spunto positivo a favore della conservazione dell'attuale riparto di giurisdizioni, proprio in relazione ad esigenze funzionali intese in senso lato.

Il sistema sarebbe dunque illogico. Anche dopo la constatata impossibilità, la conseguente rinuncia a considerare qui le sue ragioni più profonde, non sembra che esso pecchi per incongruenza interna, né che sia privo di corrispondenti basi sostanziali. La contrapposizione ai diritti degli altri soggetti del potere della Amministrazione, l'individuazione di una serie di norme che determinano i confini di questi, in particolare nei confronti di quelli, la definizione accanto ad esse di un'altra serie di norme che regolano l'esercizio di quei poteri medesimi e che si pongono all'interno del loro esercizio, la conseguente distinzione tra atto amministrativo lecito e atto amministrativo illegittimo: questi sono gli aspetti salienti della ricostruzione del dato normativo, del resto non nuova, che si è cercato qui di riportare tentandone gli sviluppi; e non sembra che le sequenze logiche nelle quali si risolve siano incoerenti; meglio: sono gli aspetti salienti della ricostruzione del dato normativo che in tanto si è creduto di poter qui riportare, in quanto non è sembrato che le sequenze logiche nelle quali si risolve siano incoerenti.

Né si può dire che la bipartizione del sistema medesimo non trovi basi nei diversi caratteri dei due tipi di situazioni giuridiche sostanziali che in esso trovano tutela. Si è già rilevato il diverso atteggiarsi degli interessi dei soggetti del rapporto, in particolare degli interessi del soggetto che si contrappone all'Amministrazione titolare del potere autoritativo, nell'una e nell'altra delle al-

alternativa che le sequenze logiche se ora riassunte hanno precisato: la loro diversa consistenza e rilevanza, il diverso significato e valore della protezione che l'ordinamento accorda ad essi. Nell'un caso, l'interesse di quel soggetto si contrappone all'interesse di quella Amministrazione: la sua protezione arriva fin dove comincia la protezione di quest'ultimo. Cioè fino al punto che il legislatore, volta a volta, nella sua valutazione politica nel quadro delle disposizioni e dei principi costituzionali, ritiene di equilibrio tra l'una e l'altra, in relazione agli interessi globali di una società pluralistica quale è attualmente la nostra, agli oneri richiesti da un ordinamento che a questa si voglia conformare; di un ordinamento, dunque, nel quale l'Amministrazione non possa atteggiarsi che come parte. Nell'altro caso, viceversa, l'interesse di quel soggetto medesimo si trova già nell'area di disponibilità attribuita all'Amministrazione, per il perseguimento del proprio interesse: perciò, è protetto solo nei limiti nei quali il legislatore, volta a volta, nella sua valutazione politica, ritiene che la sua protezione con tale perseguimento non risulti incompatibile. Meglio: ritiene che la sua protezione di tale perseguimento costituisca utile strumento.

Non pare, allora, essere prive di giustificazione che per la tutela giurisdizionale degli interessi sostanzialmente protetti secondo il primo schema, sostanzialmente protetti come diritti oggettivi, sia giurisdizionalmente competente il giudice ordinario: sia giurisdizionalmente competente quel giudice la cui vocazione istituzionale, e oggi funzione costituzionalmente riservatagli, è appunto quella di garantire il rispetto dei confini che l'ordinamento delinea tra le sfere giuridiche dei suoi soggetti.

Né pare, ugualmente, essere prive di giustificazione che tale competenza giurisdizionale sia limitata solo all'esplicazione di una simile funzione: non si estenda anche alla tutela degli interessi protetti secondo l'altro schema, non si estenda anche alla tutela degli interessi che senza residui si collocano all'interno della sfera giuridica di quella pubblica Amministrazione, che di quell'ordi-

namiento non si può che atteggiare come soggetto, come parte, e sia pure la maggiore; e lasci così spazio per la competenza giurisdizionale di un altro giudice, di un giudice con una diversa vocazione istituzionale, e che magari con la struttura del soggetto peculiare di questa sfera, presenti maggiori implicazioni: come in Italia storicamente è avvenuto.

Si dirà che l'analisi così abbozzata delle basi sostanziali della bipartizione del sistema delle tutele giurisdizionali non è abbastanza approfondita: lo si è già accennato, e anzi lo si è francamente affermato, quando si è sostenuta la necessità di andare oltre, e se ne sono indicate le ragioni: quando si è detto che è indispensabile affrontare, dopo la ricostruzione del sistema, anche l'individuazione delle sue più profonde radici. Ma ciò non significa che le considerazioni accennate siano prive di rilevanza: giustificazioni insufficientemente approfondite, giustificazioni solo superficialmente definite non sono giustificazioni inesistenti o negate. Tanto più che, sia pure sul non esauriente piano del quale per ora ci si deve limitare a tenere conto per i motivi sopra accennati, esse appaiono svilupparsi già con apprezzabile consistenza: con consistenza sufficiente a far ritenere che quella relativa ampiezza delle situazioni sostanziali oggi separatamente tutelate, rispettivamente, dal giudice ordinario e del giudice amministrativo, la quale renderebbe arbitrario il siffatto riparto di giurisdizioni, la quale dunque richiederebbe la concentrazione di queste in una giurisdizione unica, sia ancora qualcosa da dimostrare, e tutt'altro che da postulare. E qui di seguito si possono accennare degli spunti che giovano precisamente alla dimostrazione contraria: anche se essi, più che l'anticipazione prematura di sviluppi futuri, costituiscono la ripresa e l'accentuazione dall'angolo rivale che qui prende, di temi già sviluppati<sup>(100)</sup>.

Si dirà allora così. La costruzione dello Stato di diritto ha portato alla sottoposizione alla legge anche della pubblica Amministrazione: anche della pubblica Amministrazione in quanto

(100) Più in dettaglio, cfr., sopra, i paragrafi nn. 10 e 11.

titolare di poteri d'imperio. Il che, come si è già sottolineato, come è ovvio sulla base delle più elementari nozioni giuridiche generali, vale quanto dire che la costruzione dello Stato di diritto ha portato alla definizione da parte della legge anche della posizione di quel peculiare soggetto costituito dalla pubblica Amministrazione, di qui alla misura della sua capacità giuridica, e quindi alla definizione della sua soggettività. Da questo punto di vista, si è arrivati ad una perfezione tra soggetti pubblici e soggetti privati che pare di estrema rilevanza: certo, gli uni e gli altri sono portatori di interessi di ben diversa natura e consistenza, e quindi i loro diritti e i loro poteri devono avere caratteri e estensioni corrispondentemente differenziati: i poteri dei soggetti pubblici non possono non essere più ampi ed incisivi di quelli di qualsiasi altro soggetto; ma una volta che questa qualificazione e questa quantificazione, per così dire, sono avvenute, per altro aspetto le posizioni degli uni e le posizioni degli altri non possono non apparire del tutto omogenee: nel senso che tutte derivano dalla medesima legge, tutte sono definite dalla medesima legge, e tutte quindi si collocano sul medesimo piano: per quel che riguarda, s'intende, le norme di relazione, di coesistenza dei poteri dell'Amministrazione, e solo queste.

In altre parole, la costruzione dello Stato di diritto ha portato, anzi è consistita nella costruzione di un ordinamento generale nel quale, e a livello del quale, si trovano delineate le situazioni di tutti i suoi soggetti, con i loro contenuti e con i loro confini reciproci: a cominciare da quei peculiari soggetti che costituiscono la pubblica Amministrazione.

In questo codice di idee, è essenziale l'estensione della giurisdizione del giudice civile alla garanzia del rispetto delle linee di confine anche tra le posizioni dell'Amministrazione in quanto titolare dei poteri di imperio, e le posizioni dei soggetti contrapposti, che per questo fatto si trovano ad avere consistenza di diritto soggettivo: proprio per l'interdipendenza già notata tra i caratteri delle situazioni giuridiche sostanziali, e i caratteri della

loro tutela giurisdizionale, propria per la corrispondenza bilanciata che si sviluppa tra gli uni e gli altri. Perché in tanto il legislatore ha potuto dare alle posizioni degli altri soggetti che sono contrapposti ai poteri autoesecutivi della pubblica Amministrazione la stessa tutela giurisdizionale delle posizioni che tali soggetti hanno nei confronti degli altri soggetti di diritto comune, in quanto le ha considerate omogenee a queste, nel senso ora precisato. Ma, d'altra parte, in tanto il legislatore ha potuto rendere le posizioni che gli altri soggetti hanno nei confronti dei poteri autoesecutivi della pubblica Amministrazione, omogenee alle posizioni che i medesimi soggetti hanno nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento, in quanto le ha garantite a quelle la medesima tutela giurisdizionale connaturata a queste.

E allora devono risultare adesso ben chiare quali sarebbero le gravi conseguenze di un'alterazione dell'attuale sistema: di quella alterazione costituita dalla sottrazione al giudice civile della tutela dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica Amministrazione. Esse consisterebbero nella rottura della perfezione della garanzia giurisdizionale di queste posizioni, con la garanzia giurisdizionale delle posizioni riconosciute dall'ordinamento nei rapporti tra soggetti di diritto comune. In qui, per le tante volte sottolineate interdipendenze tra i caratteri delle situazioni giuridiche sostanziali e i caratteri della loro tutela giurisdizionale, nella rottura della perfezione tra queste posizioni giuridiche sostanziali medesime. E dunque, in ultima analisi, nella frammentazione dell'ordinamento generale: di quell'ordinamento generale che tutte queste posizioni, al medesimo suo livello, dovrebbero attribuire, e quindi definire, e conseguentemente garantire.

Sono impressioni le cui portata dovrebbe far riflettere: pur rimanendo fuori discussione il mantenimento della sottoposizione dell'Amministrazione alla legge, la disciplina dei rapporti sostanziali e processuali di essa con gli altri soggetti verrebbe riportata per gli aspetti ora considerati alla situazione esi-

mente anteriormente alla costruzione dello Stato di diritto. Il che significherebbe la distruzione di una delle più importanti conquiste giuridiche, che non pare che possa essere rinunciata, anche se della essere superata nella costruzione della più avanzata società solidaristica delineata dalla Costituzione. Anzi, l'attacco alla Costituzione offre lo spazio per altre considerazioni, relative alla compatibilità con essa della proposta di riforma qui criticata. Che questa riforma richieda modificazioni delle norme costituzionali espresse aventi per oggetto il riparto di giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo, lo si è già accennato, e del resto è cosa ovvia. Ma essa emana implicazioni tali da fare ritenere che non sia in gioco solo la sorte di tali norme, intese come soluzione di problemi meramente tecnici di giustizia amministrativa: in realtà, quel che è in gioco è l'attuazione di principi costituzionali generali, quali la configurazione di diritti individuali nei confronti dei poteri costituzionali delle pubbliche Amministrazioni, e la competenza del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi. Dunque, quel che in realtà si propone e si profila sarebbe una modificazione costituzionale di grande impegno, la cui possibilità sarebbe discutibile anche da un punto di vista giuridico: almeno secondo quella teoria dei limiti di rivedibilità della Costituzione che la dottrina più attenta è venuta elaborando in questi decenni.

E si può bene che un ordine di idee del genere prenda completamente da ogni considerazione del carattere che potrebbe avere quel giudice alla cui giurisdizione andrebbe trasferita quella funzione di tutela che verrebbe così sottratta alla giurisdizione del giudice civile. Si può benissimo ipotizzare che si tratti di un giudice non solo dotato di poteri più incisivi, e in pratica più efficiente di quello ordinario; ma anche la cui imparzialità e indipendenza, la cui rilevanza costituzionale, sia e degli strumenti attraverso i quali questa imparzialità e questa indipendenza vengono assicurate, sia pari se non maggiore di quella della magistratura ordinaria, del Consiglio superiore della magistratura, delle

relazioni dell'una e dell'altra con i superiori organi dello Stato. Giarebbe in ogni caso ogni trattamento differenziato dei diritti degli altri soggetti nei confronti dei poteri costituzionali della pubblica Amministrazione, rispetto al trattamento dei diritti di questi altri soggetti nei loro rapporti reciproci, prodursi quel mutamento qualitativo di quelli rispetto a questi, che sopra si è definito come un fattore di rottura della stessa unità dell'ordinamento generale.

Fin qui, le considerazioni contrarie alle affermazioni che l'attuale bipartizione del sistema di giustizia amministrativa sarebbe illogica, e quindi a quelle della sua inefficienza, almeno per la parte di questa che da tale supposta illogicità deriverebbe. Ma la medesima bipartizione è stata tacciata di fattori di inefficienza in quanto tale: ed è di questo altro aspetto che si si deve ora occupare, in vista dell'acquisizione di un risultato ben preciso: la chiarificazione che non la bipartizione in sé stessa è inefficiente, ma il modo nel quale essa è attuata, e dunque la chiarificazione che non una riforma che riguardi specificamente tale bipartizione è necessaria, ma una riforma all'interno di essa: che ne rispetti il quadro, e quanto meno la presupponga.

Il sistema, dunque, sarebbe anche inefficiente. È indubbio. Ma questa affermazione, per quanto sia fondata, e partecipi lo è molto al di là dell'accettabile, è troppo generica per potere essere condotta definitiva del concorso di due giurisdizioni nelle controcasse delle quali la pubblica Amministrazione sia parte, e del relativo riparto di competenze oggi vigente: per poter arrivare ad una simile conclusione, occorrerebbe una analisi ben più specifica, una ben più precisa individuazione delle complicazioni che tale concorso comporta, e quindi una valutazione della loro incidenza nel quadro più generale della diffusione della giustizia amministrativa.

Anzi, nel quadro generale della giustizia *tout court*: non esiste tipo di tutela giurisdizionale, non esiste tipo di processo che oggi in Italia funzioni in modo soddisfacente. E d'altro parte sarebbe ben curioso che in un panorama di così completa ineffi-

cienza un singolo tipo di tutela, un singolo tipo di processo, in ipotesi tutti gli istituti della giustizia amministrativa risulterebbero isolarsi con caratteri propri, risulterebbero a pari con loro esemplari per rapidità ed efficacia. È ovvio che vi sono delle cause di fondo dell'intero fenomeno, la cui individuazione non ha niente a che fare con il tema oggetto della presente ricerca, le quali più o meno direttamente, con maggiori o minori variazioni, affiorano in ogni sua manifestazione, in ogni settore processuale: ciò che è particolarmente evidente per la componente costituita dal processo civile con l'Amministrazione come parte; ma che, sia detto di passata, è facilmente ravvisabile anche nel processo amministrativo: per giunta, tanto più quanto più si accentua l'evoluzione dei suoi caratteri che è sempre più marcata, di processo davanti al giudice normale dell'Amministrazione; e anche la sua articolazione in un doppio grado di giurisdizione, reso effettiva dalla recente istituzione dei tribunali regionali, è un fattore che per qualche aspetto può giocare in questo medesimo senso (\*).

Ma anche in un discorso che voglia isolarsi dal più generale livello della giustizia in Italia, che voglia limitarsi alle sole giurisdizioni amministrativa, non si potrebbe cambiare il genere di conclusioni: della mancanza di una efficace tutela contro gli atti della pubblica Amministrazione, ben altre sono le cause che la ripartizione dell'incarico di essa tra due giudici distinti, invece che la sua concentrazione in un giudice unico. La dimostrazione per assurdo, nella sua coerenza, pare definitiva: chi si sentirebbe di affermare che attuata una concentrazione del genere il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa comincerebbe a funzionare perfettamente? Senza che sia necessario incidere su ben altri, ben più rilevanti aspetti del sistema attuale, a cominciare da quelli che si riferiscono alla legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, al modo di apporre al fatto in questo e in quello civile con l'Amministrazione come parte, ai possibili

(\*) Cfr. Natta, *Problemi soci e fatti della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in *Dir. trib.*, 1973, 47, pag. 1022.

contenuti della decisione e della sentenza che conclude il giudizio, e così via?

Certo, la duplicazione delle giurisdizioni, per quanto possano essere considerate sostanziali ed imperative le esigenze rispetto alle quali essa possa essere considerata corrispondente, presenta comunque delle complicazioni: quelle inevitabilmente derivanti dalla necessità di scegliere tra l'una e l'altra, che si presenta all'insorgere di ogni controversia con l'Amministrazione come parte; quelle derivanti dalle relative incertezze. Ma questa, ormai, avviene in aree relativamente limitate. Si è già ammessa la progressiva restrizione dei campi entro i quali il giudice ordinario si riconosce giurisdizionalmente competente, e anzi se ne è tentata una spiegazione: ora, quella restrizione non può non temperare, intuitivamente, una corrispondente riduzione dei campi nei quali quelle incertezze possono in fatto ancora sussistere. Si può discutere di quanto ampiezza sia tale restrizione: si è ricordato che in letteratura è stato sostenuto che essa sia assai più marcata di quanto sia parso nel corso del presente lavoro; e, si può aggiungere, quanto più la si accentua, tanto più si deve ricordare a fare leva sui dubbi di individuazione del giudice giurisdizionalmente competente per chiedere la riforma del sistema, tanto più si deve ammettere che l'alternativa della competenza del giudice amministrativo appare più piena: ragionare diversamente sarebbe contraddittorio. Ma anche se la giurisdizione del giudice civile non la si vuole qui considerare così residuale, il trasferimento progressivo di competenza da essa alle giurisdizioni del giudice amministrativo, nei limiti nei quali è innegabile, gioca necessariamente anche come fattore di semplificazione dal punto di vista qui considerato.

E infine: anche se, entro limiti progressivamente più ristretti, incertezze del genere ancora sussistono, pare ovvio che esse possano venire agevolmente superate con modesti ritocchi all'interno del sistema vigente, senza bisogno per questo di scardinarlo ab initio. Certo, tutti riconoscono i tratti suoi nei quali le contesta-

rioni sulla giurisdizione hanno appesantito le controversie, le sentenze e le decisioni sul punto sono state rievocate in discussione, e magari modificate in secondo grado o in Cassazione, col conseguente onere per l'attore o il ricorrente di ricominciare tutto da capo, quando non si sia verificata addirittura la perdita del termine per ricorrere. Ma a tutto questo pare che si possa ovviare con espedienti abbastanza semplici<sup>(19)</sup>. Non è impensabile che il legislatore che ha così ibridamente regolato l'esercizio di incompetenza per territorio davanti ai tribunali amministrativi regionali, possa intervenire nel medesimo senso, anche se non con la medesima radicalità, pure sull'esercizio di difetto di giurisdizione: apponendo determinate remore alla sua proponibilità, canalizzandola in modo più vincente in tecnici e in apposti istituti processuali, prendendo decisioni definitive in relazione alle singole fattispecie che possano intervenire rapidamente. Anzi, almeno su quest'ultimo punto, molto potrebbe essere fatto anche senza riforme legislative, e solo con una migliore organizzazione del lavoro all'interno dei vari organi giurisdizionali, soprattutto della Cassazione. Insomma, non dovrebbe essere impossibile un serio miglioramento del regolamento di giurisdizione, nella sua previsione legislativa come nella sua situazione pratica, per renderlo più efficiente e funzionale. E suscita perplessità che di fronte alle pur inaspribili esigenze di semplicità e di rapidità, sia stata proposta la via di una radicale eliminazione della bipartizione delle giurisdizioni, e quindi si sia costretti di considerarlo più praticabile di quella di un suo aggiustamento: davvero dichiarare la legge del 1865, con la inevitabile perdita del suo grande significato, oltre che più proficua, deve essere considerato più facile che riformulare l'art. 41 del codice di procedura civile?

22. *Il valore del mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica Amministrazione nei*

(19) In una prospettiva, cfr. Carlo Patte Arononi, *Rivista della legge* 20 marzo 1965, n. 2248, *Ad. E.* in *Rev. crit. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 1944.

nei ristretti limiti attuali. Le possibilità di suoi ampliamenti futuri. I diritti che devono essere assicurati ai singoli nel quadro dell'attuazione dei valori costituzionali. Il ristretto dei diritti da atti amministrativi illegittimi. — Questo ridimensionamento degli inconvenienti perfetti che davvero inerbiscono alla bipartizione della giurisdizione viene perseguito in vista del raggiungimento di uno scopo ben preciso: far risaltare l'accountability di essi, se vengono contrapposti non solo alle ragioni che si sono sopra accennate a favore del mantenimento di tale bipartizione, e a quelle più profonde che allora si sono fatte istruire, ma anche agli elementi in tal senso che si possono individuare proprio nel piano più strettamente funzionale: sulla base dell'eventualità, che non pare da scartare a priori, di un recupero da parte del giudice ordinario di un proprio ruolo nei confronti dell'Amministrazione, e della previsione di una possibile, graduale divaricazione dei caratteri della giurisdizione amministrativa rispetto a quelli della giurisdizione civile; sulla base di una reversione, che nelle prossime pagine si cercherà di dire auspicabile, di quella tendenza all'omogeneizzazione dell'una all'altra che, sempre presente nell'evoluzione della funzione giurisdizionale esplicita dal Consiglio di Stato, sembra essersi progressivamente accentuata in questi ultimi decenni.

Da un lato, la giurisdizione civile: a tutela di interessi protetti dalla legge in modo fortemente individualizzato, a tutela di interessi protetti dalla legge che si atteggiavano come fortemente individualizzati<sup>(20)</sup>.

Meglio: da un lato, la giurisdizione civile: la cui funzione di garanzia di situazioni giuridiche soggettive, secondo la sua vocazione istituzionale più volte attualmente, ostruire un suo carattere costante: cento anni fa, come oggi, come domani: a meno

(20) Cfr., nel significato individualismo della protezione giuridica delle situazioni soggettive, nello espressionismo, rispetto la sua prospettiva ben diversa da quella del presente lavoro, Enzo La parola riguardo del sistema di partecipazione, in *La legge*, 1954, pag. 4.

di sviluppi che mutino radicalmente la natura della tutela che essa esprime, e prima ancora e soprattutto la natura delle posizioni sostanziali materialmente soggettivamente così tutelate.

Nei confronti dell'Amministrazione, questa funzione, che pur si è riaffermato non essere puramente marginale, è cioè non di meno inderogabilmente limitata. Nel 1865, il legislatore, nell'estendere la giurisdizione del giudice civile, ha operato soprattutto a difesa di interessi privati legislativamente protetti di un determinato tipo: di interessi privati legislativamente protetti preesistenti all'esercizio e addirittura alla titolarità dei poteri amministrativi, a loro volta a contenuto prevalentemente ablativo e quantomeno dispositivo<sup>(1)</sup>; di interessi privati, quindi, da proteggere soprattutto in senso conservativo, il che significava da rendere entro certi confini intangibili da parte di quei poteri stessi, e dunque da configurare entro quei confini medesimi come diritti soggettivi perfetti; di interessi privati, inoltre, che allora avevano una notevole estensione. Poi, l'evoluzione che si è avvertita di delineare nel paragrafo n. 19: il progressivo ampliarsi dei poteri amministrativi dal contenuto descritto; perciò, il progressivo restringersi dei confini entro i quali i contrapposti interessi privati esigevano ed erano legislativamente protetti, almeno con una protezione così assoluta da renderli intangibili. E quindi, di conseguenza, il quadro attuale: i diritti soggettivi del genere sono ridotti a poco cosa, sono ridotti a poca cosa le situazioni di tal natura, delle quali il giudice civile possa regitare a pari come garantite.

Tutto questo lo si deve qui ammettere, lo si è già ammesso; anche se si vogliono qui accennare anche le considerazioni di segno opposto: per le ragioni più volte dette, come per quelle sopra solo sfiorate, una valutazione del ruolo del giudice civile nei confronti dell'Amministrazione, che solo fosse solo quantitativa, o

(1) Cfr. sopra, pag. 22 e ss.

anche effettistica, non renderebbe adeguato conto dei valori in gioco: non farebbe risaltare col dovuto rilievo l'importanza che pare che si debba dare al fattore della omogeneità della tutela giurisdizionale: alla circostanza che sia il medesimo giudice che tutela i diritti delle persone dell'ordinamento in quanto soggetti giuridici di diritto comune, nei confronti delle altre persone con uguali caratteri, quello che garantisce anche i diritti che esse hanno nei confronti di quelle persone dalla soggettività giuridica così peculiare che sono le pubbliche Amministrazioni: e ciò, per quanto pochi e rinvolti tali diritti possano ormai essere. Una valutazione del genere, in conclusione, taglierebbe fuori i motivi più profondi che qui si vogliono vedere a favore, una volta, dell'istituzione del sistema attuale, e, oggi, a favore del mantenimento di esso.

Ma non è questo l'ordine di idee che si voleva qui tornare a sottolineare, in una valutazione che riguarda piuttosto la prospettiva degli ipotizzabili sviluppi futuri: che è viceversa quella della possibilità che il ruolo del giudice civile nei confronti dell'Amministrazione tendi a ricompandersi; della possibilità che tenda a moltiplicarsi e a ricompandersi le situazioni individuali che la legge sostanziale protegge come diritti soggettivi. E non per una inversione della tendenza rilevata: non per una riduzione, quantitativa e qualitativa, dei poteri amministrativi, che è insuperabile in una società, in un quadro costituzionale nei quali sono così marcate le esigenze collettive, e dunque nei quali così rilevante deve essere la funzione dei soggetti pubblici che alla soddisfazione di queste sono istituzionalmente posti. Ma per altra via: come strumento per una più completa realizzazione di quella posizione che proprio la Costituzione assegna all'individuo, e delinea nella comunità.

Qui il discorso si fa difficile: e non solo per le perplessità che accompagnano sempre ogni tentativo di prevedere le linee di sviluppo di una società come la nostra, dalle trasformazioni così rapide, e di tanto superiori alle capacità di prevederle. E solo con

molta cautela, con molta semplicità, dunque, che si potranno qui formulare quelle proposizioni che si credono qui pertinenti.

Si dirà allora così: la Costituzione, nelle sue disposizioni di principio, perfugare una società egualitaria e solidaristica nella quale, in particolare, sia assicurato all'individuo il pieno sviluppo della propria personalità umana; il che significa, tra l'altro, se le parole hanno un senso, che all'individuo, come rivolto del dovere di solidarietà, siano assicurate una serie di prestazioni, del resto largamente previste dalla Costituzione stessa, con norme espresse, o con disposizioni facilmente esplicitabili sistematicamente: prestazioni che, riassuntivamente, in larga misura si risolvono nella garanzia di minimi vitali, e che dovrebbero sempre più elevarsi e moltiplicarsi, in corrispondenza della varietà degli aspetti sotto i quali la persona umana si realizza; e ciò, via via che si sviluppa l'attuazione dei valori costituzionali, la consapevolezza della necessità e dell'urgenza di essi, l'ammontare dei mezzi economici a ciò destinati e in fatto destinati, e altri fattori ancora. I richiami del diritto al lavoro e a una retribuzione sufficiente, del diritto al mantenimento nel caso di impossibilità di lavorare, del diritto all'assistenza sanitaria, del diritto alla casa, del diritto all'istruzione, e così via, sono tanto veri quanto incompleti.

Fino ad ora la soddisfazione di simili interessi individuali considerati dalla Costituzione è avvenuta prevalentemente attraverso modalità con molto schematismo definibili in questo modo: sono messe a disposizione delle risorse, generalmente insufficienti, con le quali sono prodotti beni e forniti servizi quasi sempre senza uno sfruttamento ottimale di essi, e comunque a loro volta in misura insufficiente. Perciò, quando non si è preferita la strada di una radicale compressione del livello delle prestazioni, il che avviene soprattutto nella materia che genericamente si dice previdenziale, esse sono in numero insufficiente rispetto a quello di chi ne dovrebbe essere beneficiario: e dunque possono essere di chi ne dovrebbe essere beneficiario: e dunque possono essere selezionati attraverso criteri preferenziali: di fronte all'applica-

zione dei quali la protezione dell'interesse del singolo può arrivare, al massimo, alla consistenza dell'interesse legittimo. L'esempio della protezione dell'interesse all'assegnazione degli alloggi popolari si impone da sé (17).

Può darsi, peraltro, che una progressiva attuazione dei valori costituzionali porti ad un salto qualitativo nella configurazione del rapporto tra individuo e Amministrazione: può darsi che ad un certo stadio della costruzione della società configurata dagli artt. 1 e 2 della Costituzione si possa arrivare a considerare che essa, e per essa lo Stato e l'Amministrazione che ne sono l'espressione, abbia uno stretto dovere di assicurare quelle tali prestazioni ad ogni suo componente: un dovere, il fallimento per l'adempimento del quale dovesse essere valutato al momento della sua configurazione legislativa, ma le cui difficoltà di adempimento non avessero poi una rilevanza giuridica maggiore di quelle che qualsiasi debitore possa incontrare nell'adempimento delle proprie obbligazioni: un dovere, allora, che, appunto, si trasformerebbe in una obbligazione, e di fronte al quale l'interesse del singolo verrebbe ad essere protetto come un diritto soggettivo perfetto.

È possibile, dunque, che già nella direzione ora accennata la sfera giuridica individuale si risponda di nuovo proprio in termini di diritti soggettivi. Diritti soggettivi dal contenuto ben diverso da quello dei diritti soggettivi propri dell'età liberale, di quelli considerati e ancor prima presupposti dal legislatore del 1865 e del 1889: diritti soggettivi ad ottenere dall'azione dell'Amministrazione prestazioni necessarie, o utili, per lo sviluppo della personalità individuale, più che diritti soggettivi consistenti nellaintangibilità di prestazioni beni individuali nei confronti di quell'azione medesima. Ma per sempre diritti soggettivi: nel senso di situazioni giuridiche aventi per contenuto utilità indivi-

(17) Per l'impugnamento della materia, cfr. lo scritto di Nicosi che ha aperto le strade a numerosi ricorsi individuali. L'ultimo popolare come servizio pubblico, in Riv. trim. dir. pubbl., 1967, pag. 228 e ss.

duali, attribuite e definite da norme aventi per oggetto e funzione la garanzia di queste.

Se la configurazione della protezione giuridica degli interessi individuali ora considerati si sviluppasse nel senso indicato già sul terreno sostanziale, ovvio sarebbe le conseguenze sul piano della loro tutela giurisdizionale: questa risulterebbe pienamente nella giurisdizione di quel giudice che per propria funzione istituzionale ha la garanzia degli interessi individuali legislativamente protetti come diritti soggettivi. Già da questo punto di vista, allora, si intuirebbe subito in quale larga misura il giudice civile potrebbe recuperare un proprio ruolo nei rapporti tra Amministrazione e cittadini. E non sarebbe da escludere, dunque, che esso, dopo aver visto crescere progressivamente la propria giurisdizione nei confronti dell'Amministrazione, in corrispondenza del restringersi dell'area dei diritti soggettivi che per semplicità si danno di vecchio tipo, si trovi di fronte a compiti nuovi, di maggiore ampiezza e per di più di maggiore importanza: veder progressivamente allargarsi lo spazio della propria giurisdizione in corrispondenza dell'irrigidirsi della tutela sostanziale a livello di legislazione ordinaria di vaste serie di interessi individuali costituzionalmente rilevanti: proprio di quegli interessi individuali che appaiono più connessi con quei valori sociali che la Costituzione privilegia. Perciò, può darsi che il giudice civile possa e debba evolvere nei confronti dell'Amministrazione nello Stato post-liberale una funzione più incisiva e importante di quella che gli aveva affidata, purtroppo con eccessiva fiducia, il legislatore dello Stato liberale (\*).

Questa è la prospettiva di un nuovo sviluppo della giurisdizione civile nei confronti dell'Amministrazione che sembra più suggestiva. Ma non è la sola: si vorrebbe considerare anche un'altra, in base che forse solo apparentemente sono assai diverse: la risarcibilità dei danni derivanti da atti amministrativi illegit-

(\*) Cf. GAZZONI, *La giurisdizione costituzionale*, in *Primo trattato comparso di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano 1981, pag. 591 e ss.

timi, o, secondo una terminologia più diffusa, da lesioni di interessi legittimi. Come si sa, la giurisprudenza ammette tale risarcibilità in limiti assai ristretti: quando l'atto illegittimo incide su posizioni che per altre aspetti hanno consistenza di diritto soggettivo, il quale si recupera dopo l'annullamento di esso da parte del giudice amministrativo; esempio tipico: il diritto di proprietà lesa da una espropriazione in violazione di una norma di ordine. Rimangono così non risarcibili le lesioni di interessi individuali, talvolta ben più importanti praticamente e rilevanti socialmente di quelli impliciti nel caso esemplificato, che all'inizio della vicenda non sono da nessun punto di vista tutelati da norme di relazione almeno nella ricostruzione che la giurisprudenza fa del rapporto: non solo l'interesse del proprietario o del costruttore lesa da un illegittimo diniego di licenza edilizia, ma anche quello di chi aspira invano ad essere assunto ad un pubblico impiego per un illegittimo provvedimento di esclusione da un concorso o per illegittime operazioni concorsuali, o di chi si trova ad essere impedito nell'esercizio di un mestiere, o commercio, o professione, per illegittimi dinieghi di autorizzazione, iscrizione in albi, e simili, o per illegittimi provvedimenti di sospensione, decadenza, cancellazione e altro; e così via.

Sono note le critiche che in letteratura si sono levate contro un così restrittivo orientamento giurisprudenziale. E se tali critiche non hanno avuto fino ad oggi apprezzabili risultati, è possibile, oltre che auspicabile, che sia la fama delle cose ad imporre un mutamento di rotta. Sarebbe un fare d'opera indicare qui gli schemi concettuali e gli sviluppi dogmatici attraverso i quali la rettificazione dell'impostazione potrebbe realizzarsi; ma, sia pure in estrema sintesi, si vorrebbe qui accennare alle ragioni sostanziali che potrebbero spingere in tale senso.

Da un certo punto di vista, i danni derivanti da atti amministrativi illegittimi possono essere considerati come i danni derivanti dalle disfunzioni dell'attività amministrativa, che si verificano, quando l'Amministrazione non rispetta le norme di legge o

di regolamenti, e i canoni di imparzialità, efficienza, etc. Di tali danni qui entrano in questione solo una parte: quelli che sono risentiti dai cittadini i cui interessi non sarebbero stati altrettanto lesi se l'azione amministrativa fosse stata legittima. Il problema della risarcibilità della c.d. lesione degli interessi legittimi deve essere impostato tenendo conto di un dato incontrovertibile: i danni del genere ricadono sempre sui cittadini; quel che è in gioco è quali siano i cittadini che ne risentano, e conseguentemente — vedremo subito il perché di questo meno — in quale misura. Nella situazione normativa attuale, così come essa viene ricostruita dalla criticata giurisprudenza restrittiva, tali danni gravano esclusivamente sui cittadini che impropriamente, ma espressamente, si dicono i colpiti dall'atto amministrativo illegittimo; e, per questa sola limitazione della cerchia soggettiva, essi gravano sempre marcatamente su di loro, più o meno pesantemente in relazione all'estensione qualitativa e quantitativa dell'interesse lesi. L'ampliamento della risarcibilità dei danni così inflitti, in buona sostanza, comporterebbe la loro compensazione a carico della finanza pubblica, e quindi, in ultima analisi, direttamente o indirettamente in dipendenza dei caratteri dell'ente che ha emanato l'atto illegittimo, mediante il prelievo tributario; e, per questa sola dilatazione della base soggettiva, essi graverebbero su ciascun contribuente in misura irrilevante, anche tenuto conto dei costi generali, di amministrazione e di giustizia, che inevitabilmente comporterebbe una simile assunzione di responsabilità. In conclusione, dunque, l'ampliamento della risarcibilità della c.d. lesione degli interessi legittimi si trasferirebbe nella socializzazione, per così dire, del rischio da illegittimità amministrativa; il quale verrebbe ad essere assunto, per di più, proprio da chi, in un certo senso, sempre più dovrebbe riconoscersi come il dominus dell'Amministrazione che ha provocato il danno: da quella società che non può non vedere sempre più chiaramente in questa un proprio strumento ed una propria espressione. L'ampliamento della risarcibilità dei danni

da atto amministrativo illegittimo può essere ipotizzata, proprio perché, nei casi significati qui accennati, può corrispondere ad esigenze e tendenze che sono marcate nella nostra società.

Ed è quindi ipotizzabile un corrispondente ampliamento del ruolo giocato dal giudice ordinario. Certo, il legislatore che ha istituito i tribunali amministrativi regionali sembra essersi mosso su una diversa strada, quando ha previsto, sia pure in ipotesi limitate, che sia il giudice della legalità dell'azione amministrativa — nella misura nella quale sia questa a venire sindacata nella giurisdizione esclusiva e di merito quando si faccia questione di un diritto soggettivo — a condannare l'Amministrazione al pagamento delle somme delle quali risulti debitrice. Ma la soluzione così preferita sembra consistere in un espediente punitivo la cui attuazione non può essere generalizzata, a pena di gravi distorsioni: essa contraddice ai caratteri fondamentali tanto della giurisdizione amministrativa, di cui si dirà tra poche pagine, quanto della giurisdizione civile, sui quali ci si è abbondantemente soffermati: la sua funzione di tutela di interessi individuali legislativamente protetti come diritti soggettivi, il suo monopolio, almeno tendenziale, al riguardo.

E quando si ipotizza un ampliamento del ruolo del giudice ordinario corrispondente all'ampliamento della risarcibilità dei danni da atto amministrativo illegittimo, non si pensa solo alla possibilità che esso intervenga per quanto residui di sua competenza, dopo che il giudice amministrativo abbia proceduto all'accertamento della illegittimità dell'atto e quindi al suo annullamento: anche se questo sviluppo della vicenda probabilmente rimarrà quello normale.

Come si sa, la giurisprudenza, soprattutto della Cassazione, non ammette che il giudice ordinario condanni l'Amministrazione al risarcimento dei danni da atto amministrativo illegittimo, quando questi siano considerati risarcibili, se non dopo la decisione di annullamento del giudice amministrativo<sup>(1)</sup>. Ma

(1) Cfr. *Avv. Antonio, Rivista della legge*, etc., cit., pag. 1048.

pare sostenibile l'opinione opposta. La tesi che quei danni siano risarcibili implica l'affermazione che l'atto amministrativo illegittimo — e la illegittimità dell'atto amministrativo: la distinzione qui poco importa — sia il fatto costitutivo di una obbligazione dell'Amministrazione, quale è quella al risarcimento del danno; obbligazione alla quale, è ovvio, corrisponderebbe un diritto soggettivo del soggetto lesa. E su questo rapporto di diritto-obbligo che il giudice civile avrebbe incontrovertibilmente piena giurisdizione secondo la lettera e lo spirito dell'art. 2 della legge abilitrice del contenzioso amministrativo. E secondo i principi sull'oggetto del giudizio, sulle questioni pregiudiziali, sui limiti oggettivi del giudicato, pare che il medesimo giudice potrebbe autonomamente valutare se l'atto amministrativo sia o no illegittimo, al solo e limitato fine di accertare la sussistenza di un'obbligazione di risarcimento che fosse da esso scaturita: pare che lo possa fare, cioè, senza bisogno di una preventiva decisione al riguardo da parte del giudice amministrativo, pur se essa, ove autonomamente intervenisse nel frattempo, avrebbe una rilevanza che sarebbe innegabile, anche se la sua portata non è necessario qui analizzare (\*).

Né si dica che in tal modo il giudice civile stralcierebbe dalla propria giurisdizione, venendo a giudicare di un atto amministrativo non lesivo di un diritto soggettivo, o meglio: lesivo di un interesse individuale non protetto come un diritto soggettivo. Perché invece l'oggetto del giudizio di quel giudice verrebbe limitato al diritto-obbligo di risarcimento che eventualmente da quell'atto sia scaturito; atto, dunque, che non verrebbe ad acquistare una rilevanza maggiore e diversa di quella di un fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, e che non sarebbe oggetto che di cognizione.

Né si dica che, comunque, il giudice civile stralcierebbe dalla propria giurisdizione, perché in tal modo verrebbe a giu-

(\*) Per questo vedere di più, che questo già si propone in la *proprietà del processo amministrativo*, Milano 1954, passim.

dicare di un atto amministrativo illegittimo produttivo di danno risarcibile, alla stessa stregua alla quale giudica di un atto amministrativo lecito: perché, al contrario, nelle due ipotesi differenze di caratteri e di rilevanza dei relativi accertamenti si sarebbero, e sarebbero notevoli. Perché nel caso nel quale l'atto amministrativo è illecito, il giudice civile, anzitutto, sa che tale atto viola un diritto soggettivo, e solo lui ha giurisdizione per farlo, e il suo accertamento, e solo il suo accertamento, passa in giudicato, e costituisce anche la base dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi a questo, e quindi dello speciale ricorso al giudice amministrativo per l'ottemperanza. Invece, nel caso nel quale l'atto amministrativo è solo illegittimo, il giudice civile conosce di esso al solo fine di accertare la sussistenza di un obbligo di risarcimento che ne sia scaturito, tanto poco ha giurisdizione esclusiva al riguardo che deve tenere conto dell'eventuale decisione in proposito del giudice amministrativo, il suo accertamento non passa mai in giudicato, non ha rilevanza ulteriore rispetto al singolo processo e alla pronuncia sui danni che lo conclude, e tanto meno costituisce la base per costringere l'Amministrazione a fare qualcosa di diverso e di più del pagamento della somma di denaro alla quale venga condannata.

E per queste ragioni che si può ipotizzare un ampliamento del ruolo del giudice civile nei confronti della pubblica Amministrazione anche in dipendenza di un ampliamento della risarcibilità dei danni da atto amministrativo illegittimo. Perché, le possibilità di sviluppi futuri, per quanto problematici, della giurisdizione di questo giudice paiono non mancare; e, quindi, si viene corrispondentemente a rafforzare l'opportunità del suo mantenimento, che ora pare già non insufficientemente basato sul suo valore di principio, sulla rilevanza costituzionale che esso comunque conserva, pur nella ristrettezza dei suoi limiti attuali.

23. *I presupposti per un ampliamento e una rivitalizzazione 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 cura differenziando sempre più dalle prima. — È prevedibile un'obsolescenza: a poco varrebbe l'ampliamento dello spazio attualmente così angusto affidato alla giurisdizione del giudice civile, a poco varrebbe lo stesso mantenimento, se quel giudice dovesse regitare ad emettere sentenze la cui stessa portata pratica tutti sanno e molti deplorano. E, del resto, pare proprio che questo profilo di deficiente incisività della funzione del giudice ordinario sia la principale causa del non soverchio interesse che il cittadino ha sempre mostrato, nei singoli casi concreti, ad avere valore civile piuttosto che ricorso giurisdizionale amministrativo.

Da questo punto di vista stimola a valutazioni non univoche la recente affermazione giurisprudenziale della esperibilità del ricorso al giudice amministrativo per ottenere dall'Amministrazione l'interposizione al giudizio del giudice civile, anche quando la sentenza che questo ha emanato abbia per contenuto solo la condanna al risarcimento dei danni<sup>(17)</sup>: perché se da un lato si devono apprezzare i vantaggi pratici della nuova strada che così è stata aperta al privato, dall'altro si deve deplorare il terreno, per così dire, sul quale è stato delineato il suo tracciato: il rafforzamento delle garanzie del cittadino che ha ottenuto una sentenza favorevole del giudice ordinario non è stato

(17) *At. giurisd.*, 9 marzo 1973, n. 3, *Fav. Gi.*, 1973, III, 203, con nota di chiarimenti che ha confermato l'esclusione già in precedenza usata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione italiana - di Milano, 18 maggio 1972, n. 307, *id.*, 1972, III, 247, con nota di chiarimenti delle precedenti decisioni.

conseguito all'interno dell'apparato che assicura in generale la efficacia delle sentenze di questo, sul piano dell'ordinamento giuridico generale, ma per mano di un altro giudice, per mezzo di procedimenti e di strutture riferite ad un ordinamento speciale, quale deve essere considerato quello amministrativo, e perciò stesso in un certo senso a quello generale subordinato.

Che le sentenze del giudice civile abbiano, nei confronti della pubblica Amministrazione, stessa portata pratica, è valutazione di per sé esattissima. Ma non sarebbe coerente dedurre da essa l'opportunità di sopprimere la relativa giurisdizione: non sarebbe coerente dedurre da essa nessuna altra conseguenza, diversa da quella della necessità che quelle sentenze devono essere rese più incisive.

È evidente quale sia il passaggio obbligato verso il conseguimento di un simile obiettivo: l'eliminazione dell'ormai anacronistico divieto di annullamento dell'atto amministrativo<sup>(18)</sup>. Tanto più che è da questo divieto, esplicitamente disposto nel testo legislativo, che la giurisprudenza deduce, in verità con una conseguenzialità logica tutta da discutere, una ancor più grave limitazione dei poteri del giudice ordinario: il divieto di pronunciare la condanna dell'Amministrazione a qualcosa di diverso dal risarcimento dei danni, in particolare al rilascio di un bene, ad un favore specifico, etc.

Divieto ormai anacronistico, si è detto: perché contrastante con le più elementari esigenze pratiche di una giurisdizione ordinaria che sia ad efficace disposizione del cittadino anche nei confronti dell'Amministrazione; e perché contrastante anche con altri principi generali della Costituzione: la sottoposizione del-

(18) Sul problema, nella letteratura più recente, cfr., tra gli altri: GONZALEZ BARRAL, *non invero* (40. anno), in *Enciclopedia del diritto*, vol. 1321, Milano 1973, pag. 11; AZEVEDO, *L'impedibile amministrativo*, Padova 1966, pagg. 116, 117 e ss.; DECA, *Il ruolo del giudice nell'ordinamento delle competenze della pubblica Amministrazione*, Milano 1963, passim, ma specialmente pagg. 81 e ss., 100 e ss.; DECA, *L'azione di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli 1962, pagg. 138, 139.

l'Amministrazione alla legge e al giudice che deve garantirne la osservanza; dunque, il superamento della divisione dei poteri mediante la capotornata accordata alla legislazione e alla giurisdizione; e la posizione costituzionale data nell'esercizio di quest'ultima allo magistrato ordinario, la rilevanza degli strumenti costituzionalmente previsti a garanzia della sua imparzialità e indipendenza, che mal si conciliano con una mescolanza dei suoi poteri rispetto a quelli dei giudici amministrativi. È vero che nella Costituzione si trova anche scritto, purtroppo, un terzo comma dell'art. 113, una delle norme sue più infelici, evidente compromesso tra esigenze di rinnovamento e vischiosità di istituzioni giuridiche, la cui validità può essere valutata solo con riferimento al tempo nel quale fu formulata. È vero che, in presenza di tale disposizione, è probabile che non ci sia molto da fare per raggiungere il risultato che è però auspicabile attraverso una pronuncia di in costituzionalità dell'art. 4, secondo comma, della legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>(7)</sup>. Ma certo nulla impedirebbe, e molto inviterebbe il legislatore ad intervenire autonomamente in tale senso<sup>(8)</sup>. Si tratterebbe di una modificazione semplice, non particolarmente gravosa per la finanza pubblica, e che, per quanto di per sé di grande importanza pratica, non toccherebbe le linee essenziali del sistema: quindi, si dovrebbe ragionevolmente ritenere, più facilmente attuabile di una completa riforma di questo.

Da sola, però, non basterebbe: anche se essa comporterebbe la caduta delle altre limitazioni dei poteri del giudice ordinario

(7) Cfr. Corte Costituzionale, 5 luglio 1971, n. 161, Giur. cost., 1971, 1761, con nota di BACCARELLI, *Dottrina della Costituzione e le restrizioni giurisprudenziali delle azioni giurisdizionali nei confronti della p.a.*, annotata anche da VILATA. Eravi se annullata in base al art. 4 della legge 29 marzo 1965, n. 2245, all. I e al art. 113 della Costituzione, in *For. 1971, 461*, e da ANTONETTO, *Sui limiti dei poteri del giudice ordinario di fronte all'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1971, 248; e anche la conseguente pronuncia di in costituzionalità della questione: *Cons.*, 10 giugno 1972, n. 1825, *For. 1972, I, 2483* con nota di richiami.

(8) Cfr. gli *Atti della Corte Costituzionale* 4 marzo 1968, n. 12, *Giur. cost.*, 1970, 247, con nota di BACCARELLI, *Questioni in tema di depenalizzazione*.

che dalla norma criticata la giurisprudenza ha dedotto. Infatti, l'azione del giudice civile dovrebbe essere non ancora più incisiva da una più articolata determinazione dei tipi di procedimento e di provvedimento che esse deve seguire e può emettere, i cui svolgimenti, i cui contrasti andrebbero differenziati in relazione alla varietà delle ipotesi nelle quali è chiamato ad intervenire<sup>(9)</sup>; e ciò sarebbe tanto più necessario, quanto più varie e di maggiore rilevanza pratica fossero tali ipotesi, secondo quell'ampliamento del ruolo di quel giudice che sopra si è ritenuto possibile ed opportuno; soprattutto, quanto più vari ed importanti praticamente e alla stregua dei valori costituzionali fossero gli interessi in gioco: è evidente che la richiesta di giustizia di chi si veda negato l'accesso a servizi pubblici essenziali pone problemi di tutela diversi da quelli implicati, per esempio, dalla richiesta di giustizia di un proprietario illecitamente espropriato; e ciò, anche oltre l'aspetto, pur di per sé importantissimo, della rapidità con la quale la giustizia chiesta sia resa.

Con la valutazione dei possibili strumenti che valgono a rendere più efficaci le sentenze del giudice civile, si viene a toccare un punto nodale e delicatissimo del problema della rivitalizzazione della sua funzione. È difficile ritenere che la sua giurisdizione nei confronti dell'Amministrazione sia solo un ramo secco, un ramo irreversibilmente secco malgrado ogni attribuzione ad esso di più incisivi poteri, quando si tenga conto di un fenomeno attualissimo, che si vorrebbe considerare assai significativo dall'angolo visuale adottato: oggi, per la prima volta dopo tantissimo tempo, si assiste al risveglio di uno specifico interesse del cittadino a portare determinate controversie all'esame del giudice ordinario, piuttosto che all'esame del giudice amministrativo: ciò avviene in materia di rapporto di impiego con enti pubblici, in conseguenza della recente legislazione contan-

(9) Cfr. le preziose osservazioni di Pietro FRATELLI a proposito del nuovo progetto del lavoro: *For. 1971, 100*, *Giur. cost.*, 1971, V, col. 124 e ss.

ziale e processuale in materia di diritto del lavoro; si può dubitare che questa rivaglia derivi dai maggiori poteri che essa ha attribuito al giudice civile? Oltre che, ben s'intende, alla sua preziosa maggiore sensibilità alle esigenze del lavoratore, soprattutto in primo grado, rispetto al giudice amministrativo?

E quest'ultima spunta apre la strada ad una serie di considerazioni conclusive sugli sviluppi della giurisdizione del giudice ordinario. E cioè: naturalmente, e nella vana illusione ogni possibilità di ampliamento quantitativo di questa giurisdizione, ogni possibilità di un suo miglioramento qualitativo, se non interviene la volontà di quel giudice di svolgere un proprio ruolo nella composizione alla stregua della legge sostanziale dei conflitti di interesse tra pubblica Amministrazione e cittadini. Attuazione della garanzia dei diritti soggettivi del singolo e affermazione della funzione del giudice che questi diritti garantisce sono infatti indissolubilmente connessi, come fauci di una stessa medaglia: perché quando il giudice civile nega che l'interesse di cui il cittadino chiede tutela sia protetto dalla legge sostanziale come un diritto soggettivo, egli non solo rifiuta a questo cittadino questa tutela: egli rifiuta a se stesso di intervenire per garantire l'osservanza della legge sostanziale nel caso che gli era stato sottoposto.

Si diceva dell'eccessiva fiducia con la quale il legislatore liberale affidò al giudice ordinario la tutela dei diritti soggettivi nei confronti dell'Amministrazione. E questa, infatti, la valutazione che si impone della sua opera, nella prospettiva ormai più che oculare che l'applicazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo permette: fino ad oggi il giudice ordinario, e massimamente la Cassazione, non ha sentito il bisogno di affermare il proprio ruolo. Ciò vale anzitutto per i limiti che ha dato all'estensione della propria giurisdizione, che sembra che egli abbia ristretto progressivamente in misura più che proporzionale all'empimento peraltro inegabile dei poteri dell'Amministrazione a danno dei diritti dei cittadini, alla trasformazione

conseguente delle norme di rinvio in norme di azione. Ciò vale ancora di più per le preclusioni che si è posto nella determinazione dei possibili contenuti delle proprie sentenze, accogliendo la più restrittiva delle interpretazioni possibili dell'espresso divieto legislativo di annullamento dell'atto amministrativo, e deducendo per giunta da questo, stavolta senza neppure una esplicita base testuale, anche il divieto di pronuncia di sentenze di condanna. Può darsi, peraltro, che in futuro il giudice ordinario, nell'esercizio della sua giurisdizione civile nei confronti dell'Amministrazione, muti il proprio atteggiamento sostanzialmente rinvocatorio; così, almeno, sembra a volerlo mutare nell'esercizio della sua giurisdizione penale, in casi di ben larga notorietà, e perfino ricoprendo una norma così deturpata e per altro verso discutibile, come quella che gli consente di sospendere pubblici funzionari sottoposti a giudizio per determinati reati<sup>(2)</sup>.

Quali che siano gli sviluppi futuri dell'ampiezza e della efficacia della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica Amministrazione, e anche se essa rimanesse quella non relativamente modesta e di modesta incisività che è attualmente, vi è però un elemento dal quale ogni proposta di riforma globale del sistema di giustizia amministrativa non può prescindere: dal quadro istituzionale pluralistico che la Costituzione delinea, e nel quale tanta parte ha la riaffermazione dei diritti individuali, a livello di legislazione ordinaria deve essere un preciso riscontro: nel senso che, nell'azione delle norme che vincolano l'azione dell'Amministrazione, alcune devono limitare positivamente o negativamente i poteri pubblici in relazione a diritti di comunità intermedia e di cittadini, e in modo che esse, considerate dal punto di vista di questi ultimi, abbiano la funzione di garantire, appunto come diritti, dei loro interessi.

(2) Cir. di Milano, Sez. VI, 24 maggio 1974, n. 179, nel senso che l'effetto bene è prodotto esclusivamente dal provvedimento del giudice penale, e della sua inapplicabilità dagli atti conseguenti dell'Amministrazione. In questi eventi restano il più attento di noi.

Ora è opportuno che l'incorrenza di tali norme, la tutela giurisdizionale di tali interessi agiti ed essere assicurata dal giudice ordinario per molte ragioni: non solo perché, altrimenti, come si è già accennato, finirebbe col venire compromesso lo stesso valore della protezione sostanziale di essi; non solo perché è quello civile il giudice che ha la vocazione istituzionale di tutelare posizioni fortemente soggettivizzate come i diritti soggettivi; ma anche perché il giudice amministrativo deve svolgere un ruolo che viceversa lo rende meno idoneo ad operare in funzione della tutela di interessi la cui protezione sia soggettivata; e soprattutto perché esso lo sarà ancora meno in futuro, se si realizzerà quello sviluppo del suo ruolo che nelle pagine che seguono si vorrebbe affermare come auspicabile.

24. *Le ragioni costituzionali dell'ampliamento del ruolo del giudice amministrativo. Il profilo del soddisfacimento delle esigenze 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. —* Il nodo maggiore che occorre sciogliere, perché l'evoluzione della giurisdizione amministrativa proceda secondo le linee che qui si considerano preferibili, il nodo più importante politicamente, più rilevante dal punto di vista della « politica » costituzionale, ma anche più intricato, riguarda in prima approssimazione l'allargamento della cerchia degli interessi che nel processo amministrativo e mediante il processo amministrativo possono trovare tutela; la quale deve arrivare a ricomprendere anche interessi che ricorrono dalla stessa sostanza una protezione meno specifica di quella che è ravvisabile nelle

posizioni in ordine alle quali oggi Consiglio di Stato e Cassazione ammettono che sussista la giurisdizione amministrativa.

Obiettivo, questa, che pare meritato doverci perseguire, infatti, in vista del risultato di dare un più ampio soddisfacimento alle esigenze di chi, non sempre necessariamente un privato individuo, al giudice amministrativo chiede giustizia, o quanto meno legalità. Ciò che sarebbe già moltissimo. Ciò che pure in modo tanto ovvio essere così apprezzabile ed utile, che l'opportunità del conseguimento di esso può rimanere nel seguito del discorso indimenticata, ma non per questo meno giustamente presupposta. Ma obiettivo che pare doverci perseguire, ciò che per il giurista che si ritenga legato al dato positivo è ancora più importante, anche in vista del risultato di dare concreta attuazione a principi che nella Costituzione sono fondamentali, e a valori che da questi sono detti.

Tra tali principi, ve ne è uno che è il più evidente, e che corrisponde perfettamente a quella esigenza del singolo di poter chiedere più largamente giustizia ai giudici, l'utilità della cui soddisfazione poche righe sopra lo si è detta così ovvia da poter rimanere indimenticata: è la garanzia di tutela giurisdizionale che trova espressione generale nell'art. 24, primo comma, e particolarmente rinfocata nell'art. 113, primo e secondo comma, proprio per quel che riguarda gli aspetti qui più rilevanti: quelli attinenti alla giustizia amministrativa. Si tratta di una garanzia che, essendo inalienabile, non può essere compensata se non ammettendo quel che di essa pare essere il necessario presupposto: la valutazione positiva da parte della Costituzione della possibilità di adire la giurisdizione; e dunque se non ammettendo l'esistenza di un *favor* costituzionale per tale possibilità, evidentemente sotteso dalla garanzia che di essa è disposta. Ma allora se questa base si intravede facilmente un prolungamento di prospettiva: ma allora diventa istruttivo che il *favor* costituzionale per la possibilità di adire la giurisdizione oltrepassa i limiti entro i quali questa possibilità è garantita, nel senso che può essere ravviato

anche al di là di questi; ma allora diventa intuitivo che è costituzionalmente incoraggiata una evoluzione verso una corrispondente estensione di tale garanzia, o quanto meno di tale possibilità, seppur non garantita.

Senza evidenti i fondamenti di stampo più marcatamente individualistico di un simile orientamento, in una Costituzione nella quale le ragioni dell'individuo trovano tanto spazio e protezione. Ma, oltre a questi, ve ne è uno di particolare rilevanza, che pare connettersi più direttamente al carattere democratico dell'ordinamento che la Costituzione delinea: ricollegandosi all'idea, che del resto proprio in questi anni per altre ragioni si va facendo autonomamente strada, che il ricorso ai giudici è da parte del cittadino un modo di partecipazione democratica, anche questa costituzionalmente incoraggiata, alla gestione dell'attività amministrativa. Perché questa costituzionalmente deve essere la più aderente possibile ai canoni costituzionalmente per essa previsti. Poiché il primo di questi canoni è il principio di legittimità, che anche attraverso il controllo dell'eccesso di potere include anche il principio di imparzialità, e, sia pure parzialmente, sia pure indirettamente, anche il principio di buon andamento e di efficienza. Perché uno dei modi con i quali il cittadino può partecipare alla gestione dell'attività amministrativa, uno dei contributi che egli può dare al riguardo, è cooperare al controllo che non sia esercitata in modo aderente ai canoni costituzionali. E perché provocare la sua sottoposizione a sindacato giurisdizionale, specie amministrativo, è il più efficace degli strumenti di cooperazione a quel controllo. Si può anche aggiungere che una partecipazione democratica alla gestione dei pubblici poteri che si manifestasse in questa forma non dovrebbe neppure suscitare quelle perplessità che si sono largamente contrapposte alla sempre più larga domanda di essa: perché rivolgersi ai giudici dello Stato per ottenere il rispetto delle leggi dello Stato è evidentemente il modo più rispettoso dell'ordine costituito e meno invadente, ma non per questo meno efficace, di partecipare

democraticamente, tra i vari che l'esperienza di questi anni ci ha fatto conoscere.

Ma le ragioni più forti a favore di un ampliamento della legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo che oggi è generalmente riconosciuta si ritrovano nella natura degli interessi che così verrebbero ad essere sottoposti al suo sindacato. Lo si è già cercato di dire altrove<sup>(2)</sup>: gli attuali, relativamente ristretti limiti di quella legittimazione pongono un problema che non è solo quantitativo, ma che prima ancora è qualitativo: non solo si riduce il numero degli interessi giurisdizionalmente tutelabili, ma se ne seleziona addirittura la natura. E la selezione in tal modo operata, dal punto di vista dei valori costituzionali è addirittura a rovescio: il sistema lascia passare solo gli interessi la cui protezione sostanziale sia fortemente individualizzata, e dunque esclude gli interessi più diffusi, e dunque esclude gli interessi socialmente più rilevanti, ponendoci già sotto questo profilo tutt'altro che in armonia con l'impostazione generale della Costituzione. Di più: gli interessi così esclusi sono anche quelli più strettamente implicati con i valori costituzionali fondamentali: il principio democratico, quello di uguaglianza oltre nella sua essenza più preziosa indicata dal secondo comma dell'art. 1, il diritto al lavoro, etc. Sono interessi se si vuole assai riconosciuti, ma tutti rieducabili intorno alla prospettiva degli ambienti non solo fisici di vita, degli spazi e delle modalità di esplicazione dell'attività individuale: insomma delle possibilità concrete e...di pieno sviluppo della persona umana...». Sono dunque interessi, sono dunque gli interessi che nel processo amministrativo devono acquistare una nuova rilevanza: perché sono connessi con i valori che la Costituzione privilegia al massimo livello; perché, per questa sola ragione, la loro attuazione è posta dalla Costituzione alla pubblica Amministrazione come obiettivo primario

(2) Cfr. lo stesso *ibid.* VI, 24 luglio 1972, n. 479, *Passi* II, 1972, 221, 268, e *ibid.* V, 22 novembre 1970, n. 829 14, 1970, 221, 262.

della sua funzione; perché il processo amministrativo è dichiarato dalla Costituzione come una delle più alte forme di controllo, sia pure con l'intermediazione dell'interesse strumentale e del ricorso individuale, sul come la pubblica Amministrazione stessa svolge tale funzione; e perché dunque quegli interessi, in questo processo devono trovare tutela.

Fra qui, il problema dell'ampliamento della legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo da un punto di vista che, seppur latamente, è comunque pur sempre riferibile al punto di vista del ricorrente e della tutela dei suoi interessi. Ma una volta che ci si rivolga l'interrogativo se solo i valori percepibili da questo angolo visuale siano alla base del *favor* costituzionale per la possibilità di utilizzazione della tutela giurisdizionale, la risposta negativa si impone da sé: è niente meno che puramente intuitivo che tale *favor* risponde ad esigenze profondamente connesse con i caratteri fondamentali e con la struttura essenziale dello Stato che la Costituzione delinea.

Vi è anzitutto una prospettiva immediata, di primo livello, che concerne direttamente gli organi che esercitano la giurisdizione. Lo si è già accennato: quando un giudice, in ipotesi quello amministrativo, afferma di non avere giurisdizione sull'interesse che il ricorrente deduce in giudizio, non solo prelude una posizione negativa dal punto di vista di quest'ultimo, non solo nega tutela a questo suo interesse: è anzitutto a sé medesimo che prelude di svolgere il proprio ruolo istituzionale in quel caso singolo, è anzitutto a se medesimo che prelude di accertare quale sia di quel caso la legittima disciplina. Ed è proprio una rinuncia del genere che sembra non in armonia col sistema costituzionale: perché pare ovvio che al *favor* che la Costituzione mostra di avere per la possibilità per l'individuo di utilizzare la tutela giurisdizionale, debba corrispondere, sul versante ora considerato, un simmetrico *favor* che la Costituzione deve soddisfare, per il tipo di protezione degli interessi individuali che viene così attivato: un simmetrico *favor* per che le controversie siano decise

davanti ai giudici e dai giudici, piuttosto che in altra sede e da altri soggetti.

Si intravede subito un primo motivo di un simile orientamento: la valutazione, che necessariamente deve essere positiva, dell'ampio ruolo in tal modo ottenuto, del ruolo che possono così svolgere nella società organi che possono dirsi dello Stato, per quanto una esatta collocazione dei giudici tra lo Stato-costituzione e lo Stato-persona richiederebbe precisazioni non facili, né brevi, né superficiali. Da questo punto di vista, chiaramente si delinea la risposta che dovrebbe essere data, alle perplessità che qualcuno, specie chi valuta criticamente i c.d. corpi separati dello Stato, potrebbe sollevare nei confronti di ogni proposta di ampliamento del ruolo giocato dai giudici amministrativi: se la composizione di questi organi fosse ritenuta non soddisfacente, è questa che dovrebbe essere cambiata, e non è la loro giurisdizione che dovrebbe essere ridotta, e anche solo non allargata.

Ma si intuisce immediatamente che vi devono essere anche delle ragioni più importanti: si intuisce immediatamente, soprattutto, che la Costituzione apprezza che la soluzione delle controversie venga così affidata a organi a tal fine particolarmente strutturati e disciplinati; e qui, in un certo senso, diventa secondario perfino quali siano in concreto i caratteri della loro struttura e della loro disciplina: quel che qui conta di più è che tali caratteri, quali essi siano, sono proprio quelli che la Costituzione stessa reputa più funzionali rispetto al ruolo che attribuisce loro: in altri termini, il discorso rimarrebbe identico anche se, per una diversa ed ipotetica previsione, purché ugualmente a livello costituzionale, i giudici stessi per avventura dovessero essere generalmente elettivi, ed istituzionalmente e marcatamente politici.

Ciò anzitutto, per poter trarre le ulteriori conseguenze di cui si dirà tra poche righe, quali siano poi i caratteri con i quali la Costituzione oggi vigente delinea gli organi ai quali affida la funzione giurisdizionale, per altro verso è tutt'altro che irre-

vante. Si devono subito richiamare, è ovvio, la loro indipendenza e la loro imparzialità. E la loro *c.d.* neutralità. Se fosse possibile sfiorare soltanto le incandescenti polemiche di questi anni sul modo di intendere queste espressioni, più generalmente sul ruolo del giudice nella gestione dell'interpretazione e dell'applicazione della legge, si direbbe in tutta semplicità che vi è un'area sufficientemente ampia ai fini della possibilità di prosecuzione del ragionamento, sulla quale il consenso pare abbastanza largo: sull'idea che, in un ordinamento del tipo del nostro, il giudice non può sovrapporre le proprie scelte politiche a quelle del legislatore, ma al contrario, salvo il rispetto e dunque l'esigenza di attuazione delle superiori norme costituzionali, è ad esse vincolato; si tratta di una prescrizione che non solo è implicita in tutto il nostro sistema costituzionale, ma che corrisponde anche ad una esplicita previsione della Costituzione: è anche una delle varie disposizioni normative nelle quali può scomporsi l'art. 101, secondo comma: i giudici sono soggetti soltanto alla legge.

Che i giudici siano delineati come organi indipendenti, nel modo che la Costituzione apprende come il più funzionalmente idoneo all'applicazione al caso concreto delle scelte politiche del legislatore, nel quadro dell'attuazione dei valori costituzionali fondamentali, è il fattore nel quale si vorrebbe vedere la ragione principale del *ferre* costituzionale per la possibilità individuale di utilizzazione della tutela giurisdizionale, colto dal circolo della struttura dello Stato: colto dal primo rivolto della struttura dello Stato, attinente più strettamente al profilo soggettivo di chi del potere giurisdizionale è titolare. Ma è anche il fattore che costituisce la chiave per schiudere un'altra prospettiva, un altro ordine di ragioni di secondo livello, sicuramente più significative, che devono considerarsi parimenti alla base dell'orientamento costituzionale che si cerca qui di rilevare e di comprendere. E cioè: se i giudici sono costituzionalmente delineati in modo funzionale all'applicazione imparziale delle scelte politiche legislative, ciò vuol dire che è soprattutto l'applicazione di queste scelte il fat-

tere costituzionalmente rilevante. Due caratteri degli organi ai quali è attribuita la funzione giurisdizionale, l'attenzione deve perciò spostarsi alla natura del parametro alla stregua del quale questa funzione deve essere esercitata: la Costituzione favorisce non solo e non tanto che siano i giudici a risolvere le controversie, ma piuttosto che queste siano risolte a norma di legge; e dunque favorisce che siano i giudici a risolvere le controversie, anzitutto perché sono i giudici gli organi che per la loro vocazione istituzionale e per la loro collocazione costituzionale devono risolvere le controversie alla stregua della scelta politica del legislatore.

In un certo senso in ogni sistema costituzionale, anche solo materiale, sempre il potere politico, ogni potere politico, ha interesse a che le scelte che viene via via operando acquistino effettività anche mediante la loro applicazione da parte dei giudici. Ma se si considerano i lineamenti fondamentali del nostro sistema costituzionale, il fondamento democratico rappresentativo degli organi ai quali è attribuita la funzione legislativa, la finalizzazione di questa all'attuazione dei valori costituzionali fondamentali, il vincolo dei giudici che la Costituzione prevede alle scelte che tali organi vengono operando al calce di significati particolarmente ricchi: in ultima analisi, quel vincolo viene a porsi come uno strumento, anzi come lo strumento definitivo di attuazione della volontà democraticamente espressa dal legislatore in vista della realizzazione dei valori costituzionali fondamentali, e dunque di garanzia del principio democratico oltre che di questi ultimi. Prima, con l'affermazione dell'esistenza di un *ferre* costituzionale per l'ampliamento del ruolo dei giudici si era proposta un recupero di spazi di mediazione di questi nella risoluzione delle controversie; ora, con l'affermazione della conseguente esistenza di un *ferre* costituzionale perché tale risoluzione avvenga alla stregua delle scelte del legislatore, si viene a proporre un corrispondente recupero di spazi di mediazione di questo. E allora possono darsi varie cariche di possibili prospettive che questa

proposta potrebbe suscitare, di un genere relativamente simile a quello sopra considerato: ossia, un apprezzamento critico dell'utilità di rafforzare l'applicazione giurisdizionale di una legislazione i cui contenuti sono di certo una troppo marcata e insufficiente attuazione dei valori costituzionali fondamentali, e, per le difformità di questo nostro sistema democratico rappresentativo, in debbia misura hanno una effettiva rispondenza democratica. Ma anche qui la risposta si delinea chiaramente: se fosse questa la valutazione che deve essere data della legislazione attualmente vigente, sono i suoi contenuti che dovrebbero essere cambiati, e non è la sua effettività che dovrebbe essere indebolita, o anche solo rinforzata.

Ogni volta che un giudice afferma la propria giurisdizione in un caso concreto, schiude la possibilità che questo sia disciplinato in base alle scelte politiche di un legislatore democratico che attua i valori costituzionali fondamentali: questo è un punto che deve essere mantenuto fermo nella ricostruzione del sistema costituzionale, per quanto tecnico, o mitico, o addirittura atipistico tale ricostruzione debba poi parere, se confrontata con la realtà delle cose. E questo è anche il fattore più importante, la ragione più profonda dal punto di vista della struttura dello Stato, del fatto che si vuole leggere nella Costituzione, per l'utilizzazione da parte dell'individuo della possibilità di tutela giurisdizionale: per quel che qui più particolarmente preme, per l'ampliamento della sfera degli interessi che oggi nel processo amministrativo trovano tutela.

Di più: un discorso sulla necessità dell'ampliamento della cerchia degli interessi tutelabili nel processo amministrativo che sia anche solo in parte basato sulle esigenze di ampliamento del ruolo dei giudici in quanto organi dello Stato, in quanto organi strutturati e disciplinati nel modo più funzionale all'applicazione delle scelte politiche del legislatore, e dunque sull'ampliamento del ruolo di questo scelta medesima, chiaramente supera l'angolo visuale relativo agli interessi del ricorrente, e, tutto som-

mato, dunque, ancora troppo individualistico: perché questi argomenti hanno una portata che lo trascende in tutta evidenza, come già, sia pure in misura assai più limitata e in forma nettamente più implicita, qualcuno degli spunti considerati in precedenza: in particolare, quello del ricorso giurisdizionale amministrativo come mezzo di partecipazione all'attività amministrativa. Infatti, quegli argomenti vanno inevitabilmente nel senso dell'aspettativa che siano gli atti amministrativi in quanto tali che debbano essere sottoposti al sindacato del giudice amministrativo: e prescindere dalle esigenze di tutela dell'interesse del ricorrente, che tutt'al più s'leva solo come la molla per la messa in moto del procedimento giurisdizionale, come lo strumento, insostituibile in un processo di parti, perché tale sindacato venga esercitato.

25. *La necessità dell'ampliamento degli interessi tutelabili e degli atti amministrativi sindacabili nel processo amministrativo. La soluzione dell'ampliamento della nozione di interesse legittimo. Le sue difficoltà e i suoi limiti. Le proposte di espansione della configurazione del processo amministrativo come strumento di tutela dei soli interessi legittimi. I nuclei precisi di tale configurazione e gli incasamenti che essa oggi provoca. Le conseguenti attenuazioni dei profili soggetti della giurisdizione amministrativa, di fronte alla quale rafforza le sue ragioni d'essere la giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica Amministrazione.* — Tutto quanto si cercherà di dire in altro scritto in modo più articolato, più documentato, più sviluppato; ma già l'esplicita dichiarazione del risultato al quale pare che si possa, pare che si debba costituzionalmente arrivare è sufficiente ad indicare quali siano i più rilevanti ostacoli che sembrano sbarrare la strada, i più agghiacciati nodi che dunque occorre sciogliere: i caratteri con i quali oggi è definita la nozione di interesse legittimo, e i nessi con i quali questo è legato al processo amministrativo.

I due primi termini del problema, infatti, sono questi, e sono ben noti: da un lato, la nozione di interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale, un carattere essenziale della quale è, e non può non essere, un preciso collegamento tra il profilo soggettivo dell'interesse protetto, e la norma che assicura appunto la sua protezione sostanziale, se si vuole solo indiretta, per quanto questa attenuazione sia già parsa discutibile<sup>(2)</sup>; dall'altro, la costruzione del processo amministrativo come il giudizio avente per oggetto quella situazione soggettiva, e appunto come lo strumento per la sua tutela giurisdizionale.

È il completamento dell'impostazione del ragionamento è presto fatto, con l'indicazione del suo terzo fattore, ormai evidente: ogni ampliamento della cerchia degli interessi oggi tutelabili nel processo amministrativo, quale che sia la decisione, quali che siano i limiti del suo sviluppo, non può in ogni caso non comportare una ulteriore attenuazione della loro soggettivazione: nel senso di una ulteriore attenuazione del nesso che comunque deve esistere tra l'interesse individualmente protetto e la norma che appunto sostanzialmente lo protegge. Con un esempio: gli interessi che l'art. 10 della legge urbanistica e.d. poneva in modo giurisdizionalmente tutelabili sono ovviamente più debolmente soggettivati nel senso ora procluso di quelli che già lo giurisprudenza precedente garantiva. E l'attenuazione in tal modo provocata viene a sollecitare, sembra in misura inascoltabile, la resistenza di quel collegamento tra interesse individuale protetto e norma di protezione che si è detto necessariamente caratterizzante la nozione di interesse legittimo.

Se questi tre sono i termini del problema, le sue soluzioni profilabili non possono essere di più.

O si tiene ferma l'attuale configurazione del processo am-

(2) Su tale collegamento, che costituisce un presupposto essenziale nel ragionamento che si cerca di proporre in questo paragrafo, cfr. sopra pagg. 21 e ss., 25 e ss., e soprattutto 142 e ss.

ministrativo a tutela di un interesse legittimo definito tanto rigorosamente quanto lo richiede la sua configurazione come situazione giuridica soggettiva sostanziale. Ma allora si seguita a subire quel che qui si cerca di mostrare come costituzionalmente, e quindi anche politicamente inascoltabile: si seguita a negare la tutela giurisdizionale amministrativa a quelli che qui paiono troppi, e soprattutto troppo rilevanti interessi.

O si amplia l'attuale nozione di interesse legittimo, stemperandone il profilo soggettivo collegato con la norma di protezione quanto sia necessario perché la nozione stessa si allarghi sino a ricomprendere tutti gli interessi che paiono meritevoli di tutela giurisdizionale amministrativa. Ma allora si verrebbe a compiere una operazione concettuale non si sa se più irrazionale o più inutile: perché nella definizione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale si finirebbe col mettere in ombra, e anzi addirittura in forse, un suo elemento che è parso essere così essenzialmente caratterizzante, come appunto il nesso tra interesse individuale protetto e norma di protezione; perché una volta superata questa rivelazione, non si vede più su quali altre basi una sua definizione legalmente conclusiva potrebbe essere recuperata; perché così disarticolato non servirebbe più neppure ad individuare che cosa nel processo amministrativo possa trovare garanzia e che cosa no: non si potrebbe più negare tutela giurisdizionale ad un interesse individuale, perché per la mancanza del nesso di esso con la norma di protezione non lo si può qualificare come legittimo, ma si dovrebbe arrivare ad attribuire questa etichetta ad ogni interesse che per motivi affari rilevanti come meritevole di quella tutela venisse apprezzato.

O si rompe la rigida configurazione del processo amministrativo come avente per oggetto l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale, e come strumento per la sua tutela: nel senso che gli interessi che rigorosamente possono dirsi legittimi, ovviamente, seguitino dal giudice amministrativo ad essere conosciuti e tutelati, perché sindacati ed annullati se-

guitivo ad essere gli atti che violano le norme che li proteggono; ma nel senso che anche tutti gli altri interessi che parimenti possano meritare della stessa tutela, nel processo amministrativo possono trovarla, pur se sostanzialmente protetti come situazioni soggettive non possono dirsi, perché sindacati e annullati possano venire gli atti che comunque li ledano, se violano norme oggettive, per quanto deboli o addirittura inesistenti siano i collegamenti tra queste norme e quegli interessi.

Ed è quest'ultima la soluzione che di gran lunga appare preferibile: perché corretta costituzionalmente, non inconsequenziale legislativamente, non contrastante in modo insuperabile con norme positive di nessun livello. Poiché chiaramente è questo il punto che può apparire più dubbio, oltre che decisivo, occorre affermarci su di esso, accennando nel modo più sintetico poche proposizioni che saranno in altre scritture più ampiamente sviluppate.

Si dirà, dunque, che già la prima lettura della norma base di qui che oggi si chiama la giurisdizione amministrativa, ossia l'attuale art. 24 del vigente testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, lascia assai perplessi sui fondamenti dell'attuale e qui criticata configurazione del processo amministrativo: nulla in tale norma potrebbe esplicitamente e comunque inderogabilmente richiedere che tale processo sia strumento di tutela di una situazione soggettiva sostanziale; nulla, oltre quell'interesse a ricorrere che è necessariamente presupposto dalla proposizione del ricorso, e di cui si dirà tra poche righe. Il che appare già assai importante e significativo: il che permette già di intravedere che nel ricorso giurisdizionale amministrativo non è ravvisabile quel senso così essenziale con una situazione soggettiva sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio così introdotto, come quella che lega l'azione giudiziaria civile al diritto soggettivo; e dunque permette di intravedere che l'espansione del ruolo del giudice amministrativo richiesta da tutte le ragioni che si sono venute sin qui dicendo può essere sviluppata senza l'ostacolo dei limiti di esistenza della situazione soggettiva sostanziale che de-

vesse essere in tal modo tutelata, come viceversa è da ammettere per il giudice civile.

Tanto più che nella norma-base ora richiamata, non solo sulla parte richiedere una configurazione simile dell'oggetto del giudizio amministrativo; prima ancora, nella possibile eppure sollecitata l'importante elaborazione dogmatica che su di essa, e sul problema che in essa si è voluto vedere, si è venuta stratificando decenni dopo decenni. Tale norma sembrerebbe disporre qualcosa di assai semplice: chi vi ha interesse può ricorrere al Consiglio di Stato chiedendo che esso accerti se nell'atto amministrativo impugnato siano individuabili vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge. E se si confronta la limpidezza della disposizione con la sovrabbondante e forse troppo approfondita letteratura alla quale ha dato occasione, non pare del tutto ingiustificato un moto di sorpresa.

Ciò che in nessun caso può significare sottovalutazione dell'importanza e del valore degli approfondimenti costruiti in tal modo ottenuti. La costruzione del processo amministrativo come strumento di tutela di situazioni soggettive sostanziali, anzi, in una prospettiva storica appare essere stata fondata di irrimediabili risultati sotto vari profili.

Anzitutto, ha portato alla individuazione, appunto, di situazioni giuridiche del genere, precedentemente mai rilevate: gli interessi legittimi; il che deve essere valutato positivamente da chi positivamente valuta ogni valutazione delle ragioni dell'individuo nei confronti dell'attività amministrativa, specie quando, come qui per definizione deve sempre accadere, non si contrappongano agli interessi pubblici che l'Amministrazione deve istituzionalmente perseguire, ma anzi di questi costituiscono specificazioni e riflessi.

Inoltre, tenuto conto che le fasi decisive per la conferma del nostro istituto di giustizia amministrativa si sono sviluppate in un ambiente concettuale nel quale si riteneva sostanzialmente che il carattere giurisdizionale della funzione presuppone-

zione necessariamente il carattere di situazione giuridica soggettiva sostanziale degli interessi così tutelati, quella protezione è stata anche condizione inderogabile e veicolo insostituibile per la giurisdizionalizzazione del sindacato del Consiglio di Stato<sup>(19)</sup>: il che deve essere valutato positivamente, da chi positivamente valuti ogni rafforzamento delle garanzie, in particolare di quelle relative all'imparzialità del giudice e al contraddittorio, ed rispetto delle quali questo sindacato deve venire esaltato.

Infine, in tal modo quella medesima costruzione ha reso possibile per l'analisi di quel che così è diventato e il « processo amministrativo l'utilizzazione dell'imponente patrimonio dogmatico della dottrina del più studiato tipo di processo avente ad oggetto situazioni soggettive sostanziali: il processo civile; il che deve essere valutato positivamente, da chi positivamente valuti l'approfondimento concettuale di istituti di così grande importanza, almeno finché non diventi eccessiva.

Ma quali che siano stati i meriti passati e ormai acquisiti della configurazione in termini di situazione soggettiva sostanziale dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, è necessario prendere realisticamente atto che essa, oggi, costituisce un grosso impaccio: il più grosso impaccio che impedisca che tale giurisdizione si sviluppi, fino a dare tutela a tutti quegli interessi attualmente non tutelati, e che pure di questa tutela meritino appieno.

È sarebbe grave responsabilità dei teorici del diritto se da questa valutazione essi non traessero tutte le conseguenze che anche costituzionalmente si impongono: per quanto sgradevole debba riuscire il superamento di elaborazioni faticose, dei brillanti risultati in tal modo conseguiti, delle concettualizzazioni per altro verso tanto suggestive ed appaganti così dolcemente. Quelle configurazioni, profondamente elaborate secondo orientamenti dominanti in dottrina in decisivi decenni tra la fine del secolo scorso e la prima parte del secolo attuale, ha costituito un so-

(19) Cf. il paragrafo n. 1, di infra.

lento esempio di quel che con linguaggio oggi di moda si direbbe una operazione di politica del diritto: non possibile, come le più legittime, o, se si vuole, le meno illegittime operazioni del genere, dalla coerenza e dalla polivalenza delle norme positive dalle quali è partita, e dunque rimane condizionata. Oggi l'attuazione dei valori costituzionali richiede che si intraprenda una operazione di segno opposto: non tanto legittima della precedente, ugualmente non possibile dalla medesima coerenza e dalla medesima polivalenza delle medesime norme positive.

Potrebbe essere obiettato che oggi è proprio la situazione normativa che viceversa è mutata: oggi il collegamento tra giurisdizione amministrativa e interesse legittimo è esplicitamente disposto, e per il più da norme di livello costituzionale: e dunque vincolanti non solo l'interpretazione della disciplina del processo amministrativo che si svolgerà a livello di legislazione ordinaria, ma anche una sua eventuale modificazione. Ma non sembra che una simile obiezione potrebbe valere da sbarazzamento definitivo dell'evoluzione che si auspica. Anzitutto, il valore delle espressioni usate dalla Costituzione, in particolare dagli artt. 103 primo comma e 113 primo comma, è tutto da chiarire: più precisamente, è da chiarire che cosa attinga al contenuto normativo sostanziale di tali disposizioni — la determinazione degli interessi che devono trovare tutela davanti al giudice amministrativo — e che cosa attinga al tributo che il linguaggio col quale questo contenuto è stato espresso ha dovuto necessariamente pagare alla cultura giuridica dell'epoca: all'idea che tali interessi fossero definibili come situazioni soggettive sostanziali, e un rilievo del genere sarebbe formalmente anche nei confronti delle varie né omogenee espressioni, pacificamente pochissime controllate, della legge istitutiva dei tribunali regionali. Comunque, non sarebbe questa la replica che pare la più persuasiva: che viceversa deve essere ricercata all'interno del sistema costituzionale. E allora si dirà che le disposizioni costituzionali richiamate hanno in tutta evidenza un valore garantistico della

tutela giurisdizionale amministrativa; e che dunque sarebbe logicamente e giuridicamente inaccettabile una loro interpretazione che ne facesse il contenuto fino a farlo diventare limite di utilizzazione di quella tutela stessa: che, appunto per essere stata garantita, si è mostrata di ritenere apprezzabile; tanto più che l'estensione di essa è sollecitata, è addirittura richiesta da tutte quelle regioni che si è cercato di individuare all'interno del sistema costituzionale medesimo.

Ragioni che allora sollecitano anche, addirittura richiedono anche una configurazione del processo amministrativo diversa da quella oggi dominante, e che solo strettamente può essere qui abbozzata: del resto in linea con un orientamento che è stato sempre presente nello sviluppo della nostra letteratura, seppur minoritaria; i richiami bibliografici di scritti notissimi, per esprimere rispetto a questi sia l'adesione come il dissenso, sarebbero un inutile appesantimento.

Il punto di partenza deve essere costituito dal condizionamento normativamente esplicito dell'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa alla proposizione del relativo ricorso: il giudice amministrativo non solo non può giudicare d'ufficio, non solo può giudicare unicamente se vi è un ricorrente che glielo chiede, ma può giudicare unicamente entro i limiti di questa richiesta: sia per quanto riguarda l'attività amministrativa da sindacare, come per quel che concerne i profili, i vizi da considerare; anche se questa rilevanza del principio della domanda nella determinazione dell'oggetto del giudizio non implica necessariamente una eguale disponibilità delle parti dello svolgimento del giudizio stesso, a cominciare dall'istruttoria. Ciò che permette di salvare l'essenziale dell'elaborazione dottrinale del processo amministrativo come un processo di parti, particolarmente copiosa per i testi e assai importanti contributi di BENVENUTI, GIANNINI, NIGRO, PIRAS e altri.

Ma una volta così sollecitata l'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa, una volta così limitata la sua espe-

rità nel caso singolo, essa deve avere per oggetto esclusiva la valutazione della legittimità degli atti impugnati sotto il profilo dei vizi delicti con i motivi di ricorso, e prescindere da ogni considerazione della pertinenza soggettiva degli interessi implicati, e addirittura della loro stessa oggettivabilità, e della oggettività della loro protezione normativa. La funzione esplicata dal giudice amministrativo verrebbe così a configurarsi con caratteri tali da poter essere sostanzialmente definita come controllo meramente oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa, in forma giurisdizionale, su ricorso, e dunque con le massime garanzie del contraddittorio. Questa sembrerebbe essere la definizione di tale funzione che porrebbe al giudice al quale è attribuita di intervenire nel modo più ampio a tutela degli interessi che nel processo amministrativo pare che tutela debbano trovare. Ed è da rilevare che le esigenze che si credono essere le più attuali, siano soddisfatte dal semplice contenuto della formula impiegata dal legislatore del 1939, del resto sostanzialmente in vigore, meglio che da costituzionalizzazioni cronologicamente intermedie.

Certo, a parte i casi di azione popolare, del resto di non indiscutibile individuazione e di non limpida configurazione, la rilevanza di un interesse in qualche modo soggettivato ai fini della possibilità di utilizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa non può essere né soppressa né negata: lo stesso condizionamento del processo amministrativo alla domanda di parte richiede, è ovvio, che questa domanda possa essere proposta solo da chi vi abbia un specifico interesse. Ma si tratta di un interesse a ricorrere, che non si deve richiedere che abbia qualche collegamento essenziale non solo con quel che sarà poi l'oggetto del giudizio, ma neppure con la norma che si afferma che l'atto impugnato abbia violato, e addirittura nel vizio dal quale dunque questo atto si afferma essere affetto: è sufficiente che sia un interesse in qualche modo pertinente al ricorrente, collegato con i testi più vicini con i suoi scopi quando esso non sia una

persona fisica<sup>(26)</sup>, che in qualche modo sia stato lesa dall'atto impugnato, ugualmente con i sensi più vasti a questo collegato, secondo la estrema multiformità di interdipendenze tra azioni amministrativa e interessi soggettivi che la vita pratica quotidianamente ci mostra, per tale loro multiformità rilevabili solo in fatto e a posteriori, e non schematizzabili a priori. È solo il giudice che di volta in volta dovrà valutarlo, non già per accertare la sussistenza o meno della sua giurisdizione che è già radicata dal carattere di norma di azione di quella che il ricorrente afferma che l'atto impugnato abbia violato, ma solo per accertare la sussistenza o meno nel caso concreto del presupposto processuale al quale l'esistibilità di essa è condizionata. E dovrà valutarlo alla luce dei valori costituzionali che privilegiano la tutela di determinati interessi, alla luce dei principi costituzionali che più generalmente favoriscono l'ampliamento della sua zona di intervento, con un apprezzamento caso per caso che è tipicamente giurisprudenziale, e i cui pregi peculiari devono allora essere soprattutto la duttilità, l'adesione alla specifica situazione concreta, e così via. È un interesse, in conclusione, che dunque non si presta a concettualizzazioni dogmatiche: le quali favorirebbero sì la produzione italiana di monografie giuridiche, ma solo questa<sup>(27)</sup>, piuttosto che la funzionalità del sistema: « *Güter, materiel, n'appuyen pas* »<sup>(28)</sup>.

(26) È dunque di evidente qui il duplice apprezzamento favorevole della sentenza decisiva della Sez. V, 1 marzo 1974, n. 403, Foro it., 1974, III, 30, con nota di Zanovello, che ha ammesso la legittimazione a ricorrere di « *l'altro marito* ».

Il tema sul il quale sono della rappresentanza nel processo amministrativo di interessi collettivi, da parte di soggetti non persona fisica, personalità o no, pubblici o privati che siano, in base assoluta o anche limitativa: a cominciare dai sindacati (ed nei possibili anche nel processo v. de ultimo, in generale, BONTACCI (Domenico), *Il ruolo del sindacato nel processo del lavoro, con la Lavoro e sindacato in un'analisi e nuove direzioni*, Bologna 1974, pag. 303 e ss.) sono stati, appunto per le sue dimensioni, con viene qui quell'argomento affrontato, per quanto del tutto risolti con sufficiente chiarezza l'interessante fenomeno al semplice al massimo le possibilità di intervento di tali soggetti.

(27) Ciò che allora parte non soltanto, ma anzi già pressoché esclusiva l'analisi critica delle valutazioni giurisprudenziali da parte del giudice italiano, sotto vari profili, e cominciare da quello della loro comune ispirazione: v. soprattutto Car-

Si vorrebbe completare la proposta della tesi, per certi aspetti estrema, qui profilata, con la ripresa di spunti critici nel confronto dell'alternativa che si viene così scartando: non certo di quella del mantenimento dell'attuale limitazione della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, che appare inaccettabile a priori; ma piuttosto dell'altra, del mantenimento del collegamento tra processo amministrativo e interesse legittimo, che superi tale attuale limitazione mediante un ampliamento del concetto di quest'ultimo<sup>(29)</sup>: revivendo cioè più ampie cerchie di interessi come protetti da norme sostanziali, specie in relazione con gli sviluppi politici e culturali più significativi del nostro tempo, e dunque tutelabili per questa ragione nel processo amministrativo nei confronti di atti che quelle norme di protezione violassero.

Desidero subito che un simile orientamento costituirebbe già un importante miglioramento rispetto alla situazione attuale: e che dunque esso dovrebbe meritare piena adesione, ove si ritenesse inaccettabile la più radicale soluzione qui proposta. Ciò nonostante, esso non pare del tutto soddisfacente, per la limitazione dei risultati ai quali può pervenire, che scaturisce, sembra come conseguenza ineliminabile, dalle esigenze per certi aspetti intrinsecamente contraddittorie che vuole simultaneamente perseguire: il mantenimento della configurazione del processo amministrativo a tutela di interessi legittimi intesi come situazioni soggettive sostanziali, e l'ampliamento della cerchia degli interessi in tale processo tutelabili.

Infatti, ogni restrizione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale deve presentarsi come elemento in-

NOTE BARRI, *L'interesse legittimo in fatto e diritto in una recente decisione*, in Foro amm., 1973, II, 733.

(28) SANTI ROMANO, *Formazioni di un diritto giuridico*, Milano 1967, pag. 117.

(29) Cf. de ultimo BONTACCI, *Individuazione dell'interesse legittimo*, in Foro amm., 1973, II, 737 e ss., con richiami, ai quali il titolo, di importanti pareri di più oltre di CARVATI, BARRI, FIORE, BARRI e altri.

ratterizzante quel che per altre verso è l'insuperabile discriminante tra tale interesse e l'interesse che, per non essere tutelato come situazione soggettiva sostanziale, è solo di mero fatto: come si è già più volte detto, il collegamento tra interesse individuale e interesse considerato dalla norma di protezione; per riprendere un esempio notissimo, se si ammette che sia legittimo l'interesse del terzo all'esercizio dei poteri repressivi nei confronti di costruzioni abusive, si viene anche ad ammettere che questo esercizio sia regolato da norme di azione che non hanno di mira solo interessi prettamente pubblicitici. Ora, se si accertasse che questa discriminante cada, si dovrebbero richiamare gli spunti sopra accennati, sulla inafferrabilità logica di un concetto di interesse legittimo non più da una caratterizzato. E se, viceversa, a questa discriminante non si rinuncia, allora i limiti del recupero degli interessi tutelabili nel processo amministrativo sarebbero evidenti: si può senz'altro concedere che con sensibilità moderna si possano vedere più arsi e più frequenti casi tra norme di azione e interessi individuali, il che comunque sarebbe altamente sospettabile. Ma oltre una certa soglia quella discriminante rimarrebbe pur sempre, e pur sempre funzionerebbe inesorabilmente nel senso di escludere dal processo amministrativo tutti quegli interessi che non una norma di azione non fossero collegati, benché essi da un atto amministrativo che una norma di azione viceversa oggettivamente violasse.

Fin qui, dal punto di vista degli interessi tutelabili. Ma occorre considerare anche l'altro profilo a questo ineludibilmente connesso: quello degli atti amministrativi sindacabili. Anche esso assai importante: alcuni degli argomenti che si sono scorti a favore dell'ampliamento della giurisdizione amministrativa, come si è accennato alla fine del paragrafo precedente, riguardavano appunto l'ampliamento degli atti sindacabili, più ancora che l'ampliamento degli interessi tutelabili. E allora si deve anche aggiungere che quella discriminante funzionerebbe inesorabilmente anche nel senso di impedire in concreto che il

giudice amministrativo valuti la legittimità di tutti quegli atti che pur in oggettiva violazione di norme di azione, non ledessero anche interessi legittimi, o che comunque in fatto non venissero impugnati da titolari di questi, ma da chi avesse un interesse non ugualmente protetto: per quanto sostanziale e giuridicamente grave fosse la loro illegittimità.

Di qui la soluzione più radicale qui proposta: che, se può apparire estrema, sostanzialmente peraltro inevitabilmente alla conclusione di una sequenza logica che non pare interrompibile. Se si ritiene che troppi e troppo rilevanti interessi, anche individuali, non possano essere considerati come protetti dalla norma sostanziale in termini di situazione giuridica soggettiva, non si sfugge alla conseguenza che un processo amministrativo nel quale si voglia che quegli interessi trovino tutela non possa avere per oggetto situazioni giuridiche del genere. Esse, perciò, non può che avere per oggetto la legittimità dell'atto impugnato: in quanto tale, e cioè a prescindere da ogni suo nesso con le lesioni di interessi individuali, legittimi o meno (\*). Allora l'interesse individuale può rilevare solo come interesse a riserva, appunto come avere essi con l'oggetto del giudizio conseguente. Per questa ragione, può essere apprezzato solo in fatto, e senza rigore nella sua definizione. Il che serve anche ad ampliare lo scoglio degli atti amministrativi che in concreto il giudice amministrativo può sindacare: come del resto, lo si è già visto, è automaticamente richiesto da altre ragioni.

Si potrebbe osservare che delimitando con questi caratteri la funzione esercitata dal Consiglio di Stato, e ora anche dai tribunali amministrativi, essa si avvicina molto, forse troppo, a quella attribuita alla Corte dei Conti. E non sarebbe un rilievo inerte, anche se non potrebbe essere qui accettato come critica: se

(\*) E così, per queste ragioni, si ritiene inapplicabile un ampliamento del processo amministrativo che gli dia solo un peso probante più o meno alto per i fatti. La proporzionalità nel processo amministrativo, cit. prima, specialmente pag. 302 e ss.

si immaginare di due sistemi, da un lato, il giudice ordinario come garante di discussioni giuridiche fortemente soggettivizzate, dall'altro la Corte dei Conti come organo di controllo oggettivo della legittimità dell'attività amministrativa, non per dubbio che il giudice amministrativo debba essere collocato più vicino a questa che a quella; per delle ragioni che attingono ai rapporti che legano tutti e tre al potere legislativo. Ad ogni modo, la funzione che è esercitata dal giudice amministrativo si differenzia da quella esercitata dalla Corte dei Conti perché si basa sulla domanda di parte, quindi è sollecitata da un interesse individuale, quindi è condizionata da un contraddittorio; e non è il caso di soffermarsi ad illustrare quel che intenzione ed esperienza rendono sempre evidente: quanto i modi di esercizio di funzioni per oggettivamente omogenee possono variare, in corrispondenza delle variazioni degli interessi che sollecitano il procedimento e vi sono rappresentati, e delle diversità delle forme nelle quali vi sono rappresentati; dunque, quanto quei modi possono variare, variando le influenze che nei loro confronti si possono manifestare.

È vero che la soluzione qui proposta porterebbe ad una ampia e generalizzata dilatazione del ruolo del giudice amministrativo, del numero dei ricorsi proponibili e dunque degli atti sindacati. È vero anche che questa è spesso considerata come un obiettivo da evitare: che l'accentuazione dei profili soggettivi della giurisdizione amministrativa è anche preventata come la perdita di un filtro che si ritiene indispensabile. Ma quel che qui si vorrebbe mettere in discussione è proprio il fondamento di un simile apprezzamento negativo. Non si nega che gli organi giurisdizionali dovrebbero moltiplicarsi e strutturarsi per far fronte al maggiore lavoro: il che in parte è avvenuto con l'istituzione dei tribunali regionali. Ma, superato questo inconveniente, sono molti i vantaggi che si susseguono: per definizione, l'attività amministrativa deve essere conforme alla legge, e ai canoni di imparzialità, efficienza, etc.; per definizione, l'atto amministrativo

illegittimo è in violazione di tale legge e di tali canoni; per definizione, i giudici amministrativi sono gli organi strutturati nel modo più funzionale per rilevare e reprimere tali illegittimità, per accertare quale sia il comportamento che nel caso concreto l'Amministrazione deve tenere, secondo le norme delle quali si deve garantire l'efficienza. E allora per quale ragione una dilatazione anche se ampia e generalizzata dell'intervento di tali giudici deve essere considerata negativamente?

È vero che in tal modo l'accesso della giurisdizione amministrativa è sollecitato in funzione di interessi individuali che possono anche non avere nulla a spartire con quello, per definizione pubblico, protetto dalle norme di azione della quale si denuncia la violazione; in funzione di interessi individuali, dunque, che, per questa ragione, talvolta potranno anche essere tutt'altro che socialmente apprezzabili. Ma ciò nulla dovrebbe contare, perché è socialmente apprezzabile il risultato al quale questa sollecitazione porta: l'eliminazione del sindacato giurisdizionale su atti amministrativi eventualmente illegittimi, l'annullamento di atti amministrativi come illegittimi eccessati.

Chi impugna un atto amministrativo che può risultare illegittimo potenzialmente serve l'interesse pubblico. Con questo non si vuole in nessun modo attribuire dignità di funzione pubblica alla proposizione del ricorso giurisdizionale amministrativo; al contrario, si ammette che tale proposizione possa essere a protezione di interessi del tutto individuali. Ma ciò nulla toglie alla sua utilità pubblica. E non sarebbe saggio impedire che istituti pubblici funzionino anche utilizzando, costituendo, strumentalizzando privati agitori. E non sarebbe realistico disconoscere quanto istituti pubblici funzionino meglio, quando con i loro dei privati agitori convergono, forse più che privati virtù civiche.

È per tutta questa gamma di motivi che si auspica una simile evoluzione dei caratteri della giurisdizione amministrativa, la quale inevitabilmente implica una attenuazione del suo profilo soggettivo. Ed è con una giurisdizione amministrativa che

non si evolvà che occorre confrontare ogni previsione, ogni progetto di sviluppo dei nostri istituti di giustizia amministrativa: in particolare, la soluzione del problema dell'opportunità e meno del mantenimento della giurisdizione del giudice civile a tutela dei diritti che il legislatore garantisce al soggetto nei confronti dell'Amministrazione.

Più un giudice valuta oggettivamente la legittimità dell'attività amministrativa, più egli si deve differenziare, e comunque in fatto viene differenziandosi da un giudice che viceversa tutela il rispetto delle sfere giuridiche soggettive a tale attività sottoposte. Tutto, sotto tutti i profili spinge in tal senso: la composizione degli organi giurisdizionali, la formazione e la selezione dei componenti, il procedimento per la loro nomina, i meccanismi di garanzia della loro imparzialità e indipendenza, e nei confronti di cui questa imparzialità e questa indipendenza devono essere garantite, i procedimenti attraverso i quali la loro funzione deve venire esplicata, l'impostazione e i fini del loro intervento, il loro approccio ai singoli casi e l'approccio degli interessi soggettivi e oggettivi, privati e pubblici in gioco, e dunque, infine, la loro stessa mentalità e il loro *habitus* professionale. L'esercizio di funzioni che si rivelano essere tanto fondamentalmente diverse, da parte di organi giurisdizionali di un unico tipo ostacolerebbe certo una semplificazione del sistema; ma una semplificazione che, in base alla previsione che qui pare essere più ragionevole, dovrebbe risultare di gran lunga minore dell'impovertimento del sistema stesso che non finirebbe per provocare.

Lo si è già detto: non si vuole in questa sede dire il totale deficitivo di un bilancio qui non completamente impostabile dei pro e dei costi del mantenimento dell'attuale ripartizione di giurisdizioni nei confronti dell'Amministrazione. Ma le ragioni che si è cercato qui di individuare, che paiono giocare a favore di tale mantenimento, se non fossero risultate definitivamente convincenti in questo senso — né dall'irrimediabilmente convergenti volen-

vano del resto essere — sembrerebbero comunque sufficienti a giustificare una proposta di ripensamento del problema.

Un sistema di giustizia amministrativa che non fosse rapido, preciso ed efficiente raggiungerebbe i valori costituzionali per la cui attuazione è stata costituzionalmente prevista, e dunque raggiungibile la sua stessa ragion d'essere. Ma ogni sua riforma che ad esigenze di rapidità, precisi ed efficienza fosse troppo esclusivamente attenta, raggiungerebbe l'imponenza delle sue implicazioni, e dunque il rilievo centrale che ha nella configurazione generale dei rapporti tra individuo e Stato.